MARCELO

RIBEIRO

Processo Civil

TERCEIRA EDIÇÃO
revista, atualizada
e reformulada

DE ACORDO COM:

- PEC da Relevância – EC nº 125/2022
- Associação de Representação de Municípios – Lei nº 14.341/2022
- Honorários advocatícios – Lei nº 14.365/2022
- Lei do Ambiente de Negócios – Lei nº 14.195/2021

gen | EDITORA MÉTODO

Sumário

Capa
Rosto
Créditos
Dedicatória
Agradecimentos
Sobre o autor
Apresentação
Prefácio
Sumário
1 — Direito processual civil
1.1 Estado e ordenamento: correlações históricas
1.2 Uma leitura constitucional do processo civil
1.3 Direito material e direito processual
2 — Fontes
2.1 Fontes do direito processual
2.1.1 Jurisprudência
2.1.2 Doutrina
2.1.3 Súmulas
2.1.4 Precedente judicial
2.1.5 Norma jurídica: regras e princípios
2.1.6 Aplicação das normas processuais
2.2 O tempo e o lugar da norma processual
2.3 Interpretação das normas processuais
2.3.1 O método literal ou gramatical
2.3.2 Método exegético (apelo ao espírito do legislador)

2.3.3 Método histórico (apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade)
2.3.4 Método comparativo (a análise de outros sistemas jurídicos)
2.3.5 Método teleológico (interpretação a partir dos fins)
2.3.6 Método lógico-sistemático
2.3.7 Há critérios hierárquicos de interpretação?
3 — Sistemas processuais e normas fundamentais
3.1 Sistema processual
3.2 O sistema cooperativo de processo
3.2.1 Isonomia
3.2.1.1 Vulnerabilidade processual
3.2.2 Adequação
3.2.3 Juiz natural
3.2.4 Contraditório
3.2.5 Inafastabilidade
3.2.6 Publicidade
3.2.7 Fundamentação
3.2.8 Razoável duração dos processos
3.2.9 Boa-fé objetiva
3.2.10 Primazia de julgamento do mérito
3.2.11 Demanda e impulso oficial
3.2.12 Devido processo legal
4 — As funções do estado
4.1 As funções do Estado
4.2 A função jurisdicional
4.3 Espécies de jurisdição
4.4 Princípios da jurisdição
4.5 Jurisdição privada: meios paraestatais de resolução de conflitos
4.6 Justiça multiportas

4.6.1 Arbitragem
4.6.2 Conciliação
4.6.3 Mediação
4.6.4 ODRs
4.6.5 Dispute board
5 — O magistrado
5.1 O magistrado
5.2 Prerrogativas
5.3 Responsabilidade política
5.4 Dos limites da jurisdição nacional
6 — Competência
6.1 Conceito
6.2 Fontes
6.3 Classificação
6.4 Critérios de fixação da competência
6.5 Competência absoluta e relativa
6.6 Causas de modificação da competência
6.6.1 Foro de eleição
6.7 Conflito de competência
7 — Ação
7.1 Introdução
7.2 Teorias
7.2.1 Teoria da ação como direito abstrato
7.2.2 Teoria eclética
7.2.3 Teoria da asserção
7.3 Conceito de ação
7.4 Características
7.5 Os diferentes planos da ação
7.6 Elementos da ação
7.6.1 Partes
7.6.2 Causa de pedir
7.6.3 Pedido

7.7 Conexão e continência
7.8 Classificação das ações
8 — Processo
8.1 Introdução
8.2 Teorias
8.3 Conceito e natureza jurídica
8.4 Objeto do processo
8.5 Características
8.6 Pressupostos processuais
8.6.1 Considerações gerais
8.6.2 Pressupostos subjetivos
8.6.2.1 Capacidade de ser parte
8.6.2.2 Órgão investido de jurisdição
8.6.3 Pressupostos objetivos
8.6.3.1 Ato inicial da relação processual
8.6.4 Plano de validade: requisitos de admissibilidade
8.6.4.1 Legitimidade para a causa
8.6.4.2 Legitimidade para o processo
8.6.4.3 Capacidade processual dos cônjuges
8.6.4.4 Sucessão processual: partes e procuradores
8.6.4.5 Substituição processual
8.6.4.6 Capacidade postulatória
8.6.4.7 Competência do órgão
8.6.4.8 Imparcialidade
8.6.4.9 Requisito objetivo intrínseco
8.6.4.10 Respeito às exigências formais
8.6.4.11 Interesse de agir
8.6.4.12 Requisito objetivo extrínseco
8.6.5 Sujeitos da relação processual
8.6.5.1 O Estado-juiz

8.6.5.1.1 Os deveres-poderes e a responsabilidade do juiz no processo
8.6.5.2 Auxiliares da justiça
8.6.5.3 Dos conciliadores e mediadores
8.6.5.4 Partes
8.6.5.4.1 Deveres das partes
8.6.6 Responsabilidade processual
8.7 Cumulação de partes: litisconsórcio
8.7.1 Classificação do litisconsórcio
8.7.1.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto
8.7.1.2 Litisconsórcio inicial e ulterior
8.7.1.3 Litisconsórcio facultativo e necessário
8.7.1.4 Litisconsórcio simples e unitário
8.7.2 Regime jurídico dos litisconsortes
8.7.3 Litisconsórcios especiais
9 — Intervenção de terceiros
9.1 Conceito de terceiro
9.2 Fundamentos legitimadores da intervenção
9.3 As modalidades de intervenção de terceiro
9.4 As espécies de intervenção
9.4.1 Assistência
9.4.1.1 Procedimento
9.4.1.2 Classificação
9.4.2 Denunciação da lide
9.4.2.1 Procedimento
9.4.3 Chamamento ao processo
9.4.3.1 Procedimento
9.4.4 Amicus curiae
9.4.5 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica
10 — Advocacia
10.1 O advogado

10.1.1 Honorários advocatícios
10.1.1.1 Honorários recursais
10.2 Advocacia Pública
11 — Ministério público
11.1 Introdução
11.2 Princípios institucionais
11.3 Formas de atuação do Ministério Público
12 — Defensoria
12.1 Introdução
12.2 A organização da Defensoria
12.3 Garantias e prerrogativas
12.4 Dos deveres, proibições e impedimentos
13 — Atos processuais
13.1 Introdução
13.2 Os diferentes planos dos atos processuais
13.3 Classificação dos atos processuais
13.3.1 Atos praticados pelas partes
13.3.2 Atos praticados pelo juiz
13.4 Tempo e lugar dos atos processuais
13.5 Forma dos atos processuais
13.6 Negócio jurídico processual
13.7 Prática eletrônica de atos processuais
13.8 Comunicação dos atos processuais
13.8.1 Comunicação entre juízos
13.8.1.1 Carta de ordem
13.8.1.2 Carta rogatória
13.8.1.3 Carta precatória
13.8.1.4 Carta arbitral
13.8.1.5 Cooperação jurídica nacional
13.8.1.6 Cooperação internacional
13.8.2 Comunicação entre o juízo e as partes
13.8.2.1 Citação

13.8.2.1.1 Espécies de citação
13.8.2.1.2 Efeitos da citação
13.8.2.2 Intimação
14 — A teoria das nulidades processuais
15 — Prazo
15.1 Conceito
15.2 Suspensão e interrupção
15.3 Classificação
16 — Cognição judicial
16.1 Conceito de cognição
16.2 Objeto da cognição judicial
16.3 Espécies de cognição judicial
17 — Formação, suspensão e extinção do processo
17.1 Formação do processo
17.2 Estabilização da demanda
17.3 Suspensão do processo
17.4 Extinção do processo
18 — Procedimento comum
18.1 Considerações gerais
18.2 Petição inicial
18.2.1 Indeferimento da petição inicial
18.2.2 Improcedência liminar do pedido
18.3 Audiência de conciliação e mediação
18.4 Resposta do réu
18.4.1 Contestação
18.4.2 Revelia
18.4.3 Reconvenção
18.4.4 Impugnação do valor da causa
18.5 Providências preliminares
18.5.1 Réplica
18.5.2 Não incidência dos efeitos da revelia
18.5.3 Das alegações do réu

18.6 Julgamento conforme o estado do processo
18.6.1 Julgamento antecipado do mérito
18.6.2 Saneamento e organização do processo
18.7 Audiência de instrução e julgamento
19 — Teoria geral da prova
19.1 Prova, verdade e consenso
19.2 Prova e consenso
19.3 Um conceito de prova
19.4 Objeto da prova
19.5 Ônus da prova
19.6 Poderes instrutórios
19.7 Destinatários da prova
19.8 Sistemas de valoração da prova
19.9 Procedimento probatório
19.10 Produção antecipada de prova
19.11 Prova emprestada
20 — Provas em espécie
20.1 Depoimento da parte
20.2 Confissão
20.2.1 Ineficácia da confissão
20.2.2 Confissão e reconhecimento da procedência do pedido
20.3 Prova documental
20.3.1 Classificação dos documentos
20.4 Exibição de documento ou coisa
20.4.1 Procedimento da exibição
20.5 Prova testemunhal
20.6 Prova pericial
20.7 Inspeção judicial
20.8 Ata notarial
21 — Decisão judicial
21.1 Pronunciamentos judiciais

21.2 A decisão como norma jurídica individualizada
21.3 Decisões provisórias e decisões definitivas
21.4 Interpretação da decisão judicial
21.5 Capítulos de sentença
21.6 Elementos da decisão judicial
21.6.1 Relatório
21.6.2 Fundamentação
21.6.3 Dispositivo
21.7 Classificação das decisões judiciais
21.7.1 Decisões terminativas
21.7.2 Decisões definitivas
21.8 Publicação, retratação e integração
21.9 Sentença
21.9.1 Classificação das sentenças de procedência: conteúdo e efeito
21.9.1.1 Meramente declaratória
21.9.1.2 Constitutiva
21.9.1.3 Condenatória
21.10 Hipoteca judiciária
21.11 Remessa necessária
22 — Tutelas provisórias
22.1 Introdução
22.2 Tutelas provisórias: considerações gerais
22.3 Motivação e urgência
22.4 Competência
22.5 Efeitos
22.6 Responsabilidade
22.7 Tutela de urgência
22.7.1 Tutela cautelar
22.7.1.1 Tutela cautelar antecedente e incidente: procedimento
22.7.2 Tutela antecipada

22.7.2.1 Tutela antecipada antecedente e incidente: procedimento
22.8 Estabilização da tutela
22.8.1 Desconstituição dos efeitos da estabilização
22.9 Tutela de evidência
23 — Coisa julgada
23.1 Introdução
23.2 Classificação: formal e material
23.3 Limites objetivos da coisa julgada
23.4 Limites subjetivos da coisa julgada
23.5 Coisa julgada nas sentenças determinativas
24 — Procedimentos especiais
24.1 Introdução
24.2 Técnicas de especialização do procedimento
24.3 A escolha do procedimento: construção, erro e correção
24.4 O caráter subsidiário do procedimento comum
24.5 O papel da tradição no emprego do procedimento
25 — Ação de consignação em pagamento
25.1 Introdução
25.2 Natureza do procedimento de consignação
25.3 Requisitos de admissibilidade
25.3.1 Liquidez
25.3.2 Legitimidade
25.3.3 Objeto
25.4 Consignação extrajudicial
25.4.1 Objeto
25.4.2 Procedimento
25.4.3 Natureza da decisão
25.5 Consignação judicial
25.5.1 Procedimento
25.5.2 Cumulação de pedidos

25.5.3 Natureza da decisão
25.6 Consignação em caso de dúvida quanto à legitimidade passiva
25.7 Resgate de enfiteuse
25.8 Consignação dos aluguéis e seus acessórios
26 — Ação de exigir contas
26.1 Introdução
26.2 Natureza da ação de exigir contas
26.3 Requisitos de admissibilidade
26.3.1 Legitimidade
26.3.2 Interesse de agir
26.4 Prestação de contas dos administradores judiciais
26.5 Procedimento
26.5.1 Primeira fase
26.5.2 Segunda fase
27 — Ações possessórias
27.1 Introdução
27.2 A tutela possessória
27.3 Os efeitos jurídicos do tempo na posse
27.4 Natureza do procedimento de tutela da posse
27.5 Requisitos de admissibilidade
27.6 Legitimidade
27.7 Interesse de agir
27.8 Reintegração
27.9 Manutenção
27.10 Proibição
27.11 Fungibilidade
27.12 Procedimento: força nova e força velha
27.13 Procedimento das ações possessórias
27.13.1 Petição inicial
27.13.2 Cumulação de pedidos
27.13.3 Citação

27.13.4 Medida liminar
27.13.5 Sentença
27.14 Interdito proibitório
28 — Ação de divisão e demarcação de terras particulares
28.1 Introdução
28.2 Requisitos de admissibilidade
28.2.1 Legitimidade
28.3 Procedimento da ação demarcatória
28.3.1 Petição inicial
28.3.2 Citação
28.3.3 Contestação
28.3.4 Prova pericial
28.3.5 Sentença
28.3.6 Fase executiva
28.4 Procedimento da ação divisória
28.4.1 Petição inicial
28.4.2 Citação
28.4.3 Contestação
28.4.4 Sentença
28.4.5 Prova pericial
28.4.6 Fase executiva
29 — Ação de dissolução parcial de sociedade
29.1 Introdução
29.2 Requisitos de admissibilidade
29.2.1 Legitimidade
29.2.2 Interesse de agir
29.3 Procedimento
29.3.1 Petição inicial
29.3.2 Citação
29.3.3 Contestação
29.3.4 Sentença
29.4 Apuração dos haveres

30 — Inventário e partilha
30.1 Introdução
30.2 Natureza jurídica
30.3 Inventário negativo
30.4 Requisitos de admissibilidade
30.4.1 Legitimidade
30.4.2 Interesse de agir
30.5 Questões de alta indagação
30.6 Inventário e partilha pela via administrativa
30.6.1 Requisitos para a eleição da via administrativa
30.6.2 Regulamentação do CNJ
30.6.3 Execução da partilha
30.7 Inventário e partilha judicial
30.7.1 Competência e universalidade do foro
30.7.2 Administração da herança
30.7.3 Inventariante
30.7.4 Procedimento
30.7.4.1 Petição inicial
30.7.4.2 Citação e impugnação das primeiras declarações
30.7.4.3 Avaliação e cálculo do imposto
30.7.4.4 Colações
30.7.4.5 Pagamento das dívidas
30.8 Partilha
30.8.1 Formal de partilha
30.9 Sobrepartilha
30.10 Inventário conjunto
30.11 Arrolamento
30.12 Arrolamento sumário
31 — Embargos de terceiro
31.1 Introdução
31.2 Requisitos de admissibilidade

31.2.1 Objeto
31.2.2 Legitimidade
31.2.2.1 Embargos de terceiro do cônjuge ou companheiro
31.2.2.2 Embargos de terceiro na fraude à execução
31.2.2.3 Embargos de terceiro na penhora de bens do sócio
31.2.2.4 Embargos de terceiro na garantia real
31.2.2.5 Legitimidade passiva
31.2.3 Interesse de agir
31.3 Procedimento
31.3.1 Competência
31.3.2 Prazo
31.3.3 Petição inicial
31.3.4 Citação
31.3.5 Resposta do réu
31.3.6 Sentença
32 — Oposição
32.1 Introdução
32.2 Requisitos de admissibilidade
32.2.1 Legitimidade
32.2.2 Interesse de agir
32.3 Procedimento
33 — Da habilitação
33.1 Introdução
33.2 Requisitos de admissibilidade
33.2.1 Legitimidade
33.2.2 Interesse de agir
33.3 Procedimento
34 — Das ações de família
34.1 Introdução

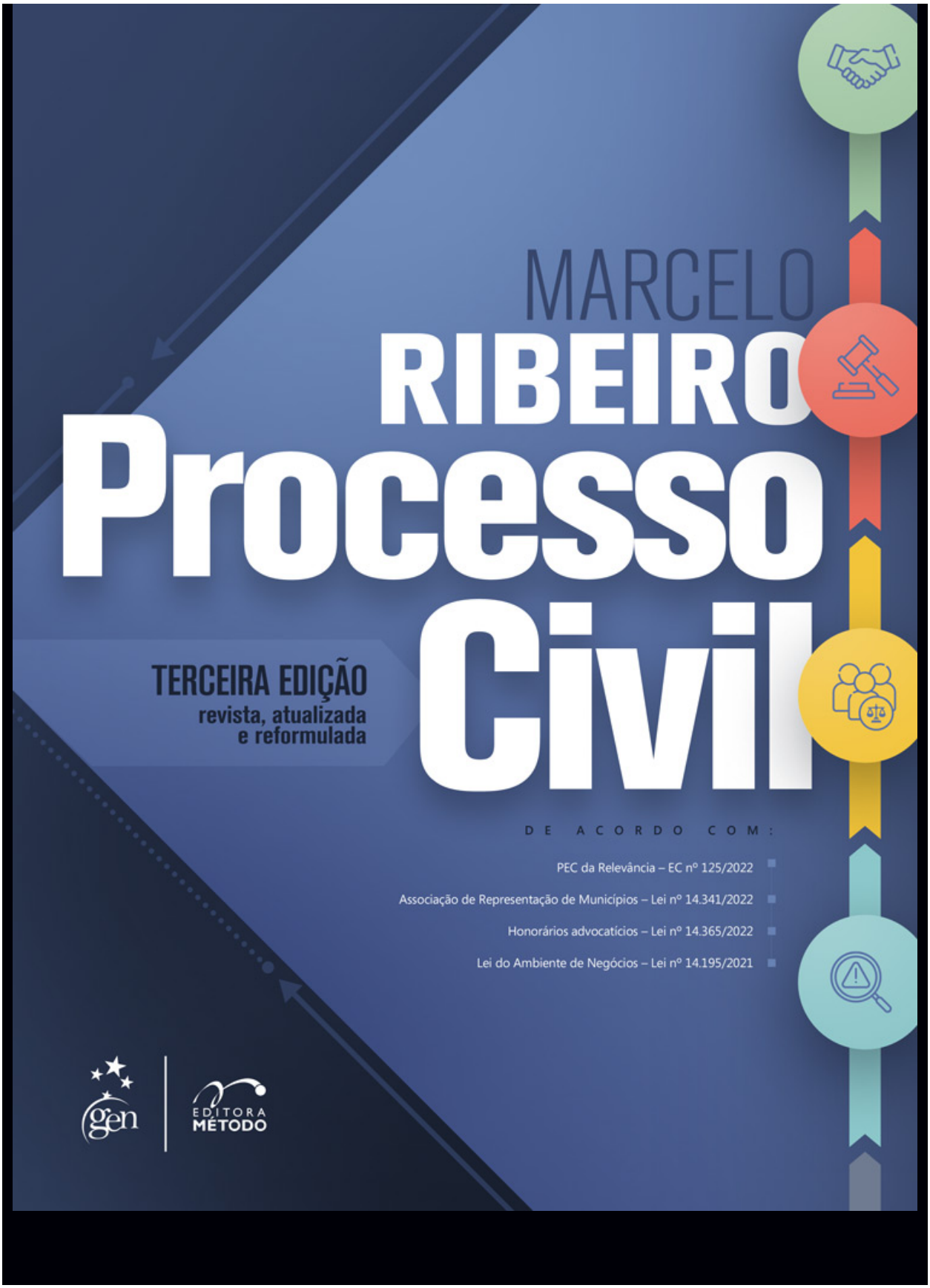
34.2 Requisitos de admissibilidade
34.2.1 Legitimidade
34.2.2 Interesse de agir
34.3 Procedimento
35 — Ação monitória
35.1 Introdução
35.2 Requisitos de admissibilidade
35.2.1 Interesse de agir
35.2.2 Legitimidade
35.3 Procedimento
35.3.1 Decisão
35.3.2 Embargos
36 — Procedimentos especiais de jurisdição voluntária
36.1 Introdução
36.2 Características
36.3 Requisitos
36.3.1 Interesse de agir
36.3.2 Legitimidade
36.4 Disposições gerais
36.4.1 Procedimento comum
37 — Execução – Parte Geral
37.1 Introdução
37.2 Princípios da execução
37.3 Competência
37.4 Requisitos
37.4.1 Legitimidade
37.4.2 Interesse de agir: necessidade e adequação
37.5 Responsabilidade patrimonial
37.6 Bens sujeitos à responsabilidade patrimonial
37.7 Alienações fraudulentas
37.8 Liquidação de sentença
38 — Cumprimento de sentença

38.1 Introdução
38.2 Cumprimento de sentença condenatória no pagamento de quantia certa contra devedor solvente
38.3 Do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa
38.4 Cumprimento de sentença condenatória contra a Fazenda Pública
38.5 Cumprimento de sentença condenatória no pagamento de pensão alimentícia
38.6 Cumprimento de sentença que condena no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa
39 — Processo de execução
39.1 Introdução
39.2 Processo de execução para entregar coisa certa
39.3 Processo de execução para entregar coisa incerta
39.4 Processo de execução para obrigação de fazer e não fazer
39.5 Processo de execução para entregar quantia certa contra devedor solvente
39.5.1 Petição inicial
39.5.2 Citação e arresto
39.5.3 Penhora
39.5.4 Modificação da penhora
39.5.5 Depositário
39.5.6 Avaliação
39.5.7 Expropriações dos bens
39.5.7.1 Adjudicação
39.5.7.2 Alienação
39.5.7.3 Apropriação de frutos e rendimentos de móvel ou imóvel

39.5.8 Satisfação do crédito
39.5.9 Execução contra a Fazenda Pública
39.5.10 Execução de alimentos
40 — Defesas do executado
40.1 Introdução
40.2 Impugnação
40.3 Embargos
40.4 Exceções de pré-executividade
41 — Suspensão e extinção da execução
41.1 Suspensão
41.2 Extinção
42 — Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais
42.1 Introdução
42.2 Jurisprudência
42.3 Ordem dos processos nos tribunais
42.4 Atribuições do relator
42.5 Microssistema de formação concentrada de precedentes e julgamento de demandas repetitivas
42.6 Microssistema de formação concentrada de precedentes
42.7 Microssistema de julgamento de demandas repetitivas
42.8 Regras comuns aos microssistemas
42.9 Incidente de assunção de competência
42.10 Incidente de arguição de inconstitucionalidade
42.11 Incidente de resolução de demandas repetitivas
42.11.1 Requisitos
42.11.2 Legitimidade
42.11.3 Procedimento
42.12 Reclamação
42.12.1 Introdução

42.12.2 Natureza jurídica
42.12.3 Legitimidade
42.12.4 Interesse de agir
42.12.5 Procedimento
42.13 Conflito de competência
42.14 Homologação de decisão estrangeira e a concessão de exequatur à carta rogatória
42.15 Ação rescisória
42.15.1 Legitimidade
42.15.2 Interesse de agir
42.15.3 Competência
42.15.4 Cabimento
42.15.5 Procedimento
43 — Teoria geral dos recursos
43.1 Introdução
44.2 Agravo de instrumento
43.2 Natureza jurídica
43.3 Legitimidade
43.4 Interesse recursal
43.5 Objeto
43.6 Finalidades
43.7 Preclusão e coisa julgada
43.8 Pedido recursal
43.9 Efeitos dos recursos
43.10 Juízo de admissibilidade
43.11 Classificação
43.12 Requisitos intrínsecos
43.13 Requisitos extrínsecos
43.14 Juízo de mérito
43.15 Princípios recursais
43.16 Recurso adesivo
44 — Recursos em espécie

44.1 Apelação
44.2 Agravo de instrumento
44.3 Agravo interno
44.4 Embargos de declaração
44.5 Recurso ordinário constitucional
44.6 Recursos excepcionais
44.7 Hipóteses de cabimento do recurso especial
44.7.1 A relevância como requisitos de admissibilidade para o recurso especial
44.8 Hipóteses de cabimento do recurso extraordinário
44.8.1 Repercussão geral como requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário
44.9 Recursos especiais e extraordinários repetitivos
44.10 Agravo em recurso especial e em recurso extraordinário
44.11 Embargos de divergência
Bibliografia


MARCELO
RIBEIRO
Processo
Civil
TERCEIRA EDIÇÃO
revista, atualizada
e reformulada
DE ACORDO COM:
PEC da Relevância – EC nº 125/2022
Associação de Representação de Municípios – Lei nº 14.341/2022
Honorários advocatícios – Lei nº 14.365/2022
Lei do Ambiente de Negócios – Lei nº 14.195/2021
gen
EDITORA
MÉTODO

MARCELO

RIBEIRO

Processo Civil

TERCEIRA EDIÇÃO
revista, atualizada
e reformulada

gen | EDITORA MÉTODO

O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

Fechamento desta edição: *12.01.2023*

Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br

© 2023 *by*
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
grupogen.com.br

Capa: Bruno Sales Zorzetto

CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Ribeiro, Marcelo

Processo civil [recurso eletrônico] / Marcelo Ribeiro. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2023.

Recurso digital; Formato: epub

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5964-616-6 (recurso eletrônico)

1. Processo civil - Brasil. 2. Direito processual civil - Brasil. 3. Serviço público - Brasil - Concursos. 4. Livros eletrônicos. I. Título.

22-80359 CDU: 347.91/195(081)

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária – CRB-7/6439

Este livro é dedicado à família, que em memória se faz por meus amados e já falecidos pais: Edson Ribeiro e Olinda Bezerra; que em vida se afirma por Luciano Ribeiro, irmão querido; e que por novos laços de amor se renova no casamento com Thaiana Ribeiro.



Registro meus sinceros agradecimentos aos alunos e professores que edificaram minha pesquisa e conduziram esta produção científica por laços indeléveis de afeto e esperança. Afinal, somente pela generosidade do outro é que podemos enxergar longe e, assim, desenvolver a ciência.

Sem pretensão de esgotar as incontáveis possibilidades, agradeço nominalmente a Marcela Correia, Alexandre Câmara, Salomão Viana, Lenio Streck, Ingo Sarlet, Marco Felix Jobim, Camila Amadi e ao grupo Ser Educacional.

Dedico, ao final, os maiores agradecimentos à minha esposa Thaiana Ribeiro e a nossa pequena Alice, que mesmo antes de escrever as primeiras páginas da vida já nos desperta para um amor incondicional.



MARCELO RIBEIRO

Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e mestre em Processo Civil pela UNESA/RJ.

Professor permanente no PPGD da UNAMA/Ser Educacional. Professor de Processo Civil na especialização da PUC/RS.

Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo.

Consultor Jurídico. Parecerista. Advogado. Árbitro da Cames.

Autor de diversas obras jurídicas.



Esta obra de Processo Civil é resultado das pesquisas que fiz no programa de mestrado e doutorado da UENSA, sob orientação do Dr. Lenio Luiz Streck, e do estágio pós-doutoral, concluído sob a supervisão do Dr. Ingo Sarlet.

Ao tempo em que proponho uma inexorável leitura constitucional do Código de Processo Civil, com apoio na clássica ordem de processualistas, busco aprofundar o estudo do tema pelas lições da Teoria Geral do Direito e da Filosofia.

Conjugar essa proposta e apresentá-la por meio de uma linguagem simples, para mim, foi um desafio, vencido, sobretudo, pela confiança do Grupo Editorial | GEN, que, ao meu lado, segue investindo numa leitura técnica, mas também humanizada do Direito.

Já nas primeiras linhas, descrevo a relação evidente entre o Estado e o Ordenamento Jurídico. Estabeleço, a partir desse ponto, dois vetores hermenêuticos: coerência e integridade. Por essa via, busco demonstrar que o atual sistema processual, pautado pela cooperação, viabiliza uma produção democrática do Direito, com respeito às garantias constitucionais.

Firmadas as matrizes teóricas, passamos a estudar os institutos fundamentais; as bases do processo de conhecimento, tanto pelo rito comum como pelo rito especial; as especificidades da atividade

executiva, que aqui se identifica pelo cumprimento de sentença e pelo processo autônomo de execução; e finalizamos com o estudo da matéria recursal e dos processos nos tribunais. Trata-se, portanto, de um curso completo de Processo Civil.

A proposta da isonomia formal, o resgate da faticidade para o Direito, a desconstrução da ideia de procedimento predeterminado, a superação das verdades reais, as divergências sobre os limites e as finalidades dos precedentes e mesmo a diferença entre texto e norma, são tratados, nesta obra, de modo leve e crítico, a fim de convocar você a refletir sobre os efeitos práticos dessas construções teóricas e com isso prepará-lo não apenas para a aprovação em determinado concurso público, mas também para a construção de uma nova realidade processual.

Há, no texto, uma notória preocupação com a linguagem e com o direcionamento do estudo, o que se percebe pela inserção de questões acadêmicas, quadros sinóticos e destaques legislativos, mas há, também, o desenvolvimento de um pensamento crítico, necessário para um melhor diálogo com a vida e toda a sua diversidade.

É certo que a minha experiência evoca citações dos mestres com que pude aprender e desenvolver meu raciocínio jurídico e por essa razão registro aqui meu agradecimento pelas incontáveis lições, aprendidas por intermédio de meus alunos, colegas professores e leitores, pois todos eles, em certa medida, são colaboradores diretos e indiretos desta obra.

Posso concluir que este livro marca um momento importante na minha carreira, e me permite renovar o compromisso na busca pela excelência e pela dignidade da pessoa humana. Há, por certo, muito ainda o que conquistar, mas muito também pelo que agradecer, pois, das poucas certezas que trago no coração, tenho a convicção de que ninguém se faz ou é sozinho na vida.

Desejo a todos uma boa leitura.

O Autor



Convidou-me o amigo Marcelo Ribeiro para redigir o prefácio deste livro, lançado em volume único pelo prestigioso Grupo Editorial Nacional | GEN. Tenho em Marcelo um querido amigo, além de ver nele um dos mais brilhantes e originais processualistas da nova (talvez fosse o caso de dizer novíssima) geração de juristas. E foi com muita alegria que recebi o convite, que me permite associar meu nome à obra tão importante.

Não é a primeira vez que prefacio um livro do Marcelo. Já o fiz quando ele lançou o primeiro volume do *Curso de Processo Civil*. E mais uma vez tive a felicidade de encontrar – como não poderia mesmo deixar de ser – um livro extremamente sério e bem escrito.

Em tempos de resumos e sinopses, livros sem qualquer preocupação com a seriedade científica com que o Direito necessariamente deve ser tratado, Marcelo Ribeiro produz uma obra que se importa com a Ciência Jurídica. Prova disso é que o autor teve a preocupação, rara em obras desse tipo, de apresentar considerações sobre a relevantíssima distinção entre regras e princípios, e o faz invocando a autoridade de dois dos maiores teóricos do tema, Alexy e Dworkin. Assim, também, é notável sua preocupação em expor o direito processual civil brasileiro à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, apoiando seu pensamento na concepção dworkiniana do Direito como integridade.

Também os grandes temas da dogmática jurídica são enfrentados por Marcelo Ribeiro com cuidado, demonstrando seu conhecimento da matéria. É o que se vê, por exemplo, do capítulo dedicado à tutela provisória, em que afirma que o tempo “não raramente, se apresenta como principal inimigo para a realização dos direitos”, o que remete à obra essencial de Francesco Carnelutti.

Mais uma vez, como na obra que anteriormente prefaciei, preciso fazer um destaque especial para a parte do livro que é dedicada ao estudo do direito probatório. A preocupação demonstrada por Marcelo de compreender o tema da prova não só à luz da dogmática do direito processual, mas também a partir de um saber filosófico, demonstra a modernidade do livro. É que não se pode, nos dias de hoje, tratar da prova sem o enfrentamento de questões filosóficas de maior profundidade, como é, por exemplo, o conceito de verdade. E, como afirma o autor, o exame da prova deve-se dar a partir de uma finalidade judicial desindexada da certeza universal e absoluta. Consequência disso, afirma o autor, é que “prova, sob essa perspectiva, é o resultado de um procedimento racional e discursivo, que, para além das convicções pessoais do intérprete, se projeta na relação jurídica como pretensão de validade, de sorte a convencer os demais interlocutores”. E, ainda nesse mesmo capítulo, mais uma vez Marcelo nos remete a Carnelutti quando afirma que o objeto da prova é a afirmação sobre um fato.

Fica claro, assim, que o pensamento clássico do direito processual serviu como base para que o autor, valendo-se de sua sólida base teórica construída a partir da Filosofia e da Teoria do Direito, construísse seu pensamento sem abandonar as conquistas da doutrina processualista mais clássica. E é essa fusão entre o clássico e o contemporâneo que aumenta o valor do livro.

Além disso tudo, merece destaque a linguagem simples e acessível que Marcelo Ribeiro emprega. Quem já assistiu a uma aula ou a uma palestra sua certamente poderá dizer, ao ler este livro, que ouvia a voz do autor durante a leitura, como se estivesse a acontecer uma conversa. E isso, sem dúvida, é fruto da experiência

adquirida pelo autor em sala de aula, ministrando aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e em tantas outras instituições de ensino.

Repito, aqui, então, o que disse no início. Fiquei muito honrado com o convite para escrever este prefácio, o qual permitiu a associação de meu nome a uma obra que se inscreve no rol dos mais importantes manuais de que dispomos para o estudo do direito processual civil. Parabenizo, pois, o autor pela excelente obra que produziu.

Rio de Janeiro, no Natal de 2018.

Alexandre Freitas Câmara

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).



CAPÍTULO 1 — DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.1 Estado e ordenamento: correlações históricas

1.2 Uma leitura constitucional do processo civil

1.3 Direito material e direito processual

CAPÍTULO 2 — FONTES

2.1 Fontes do direito processual

2.1.1 Jurisprudência

2.1.2 Doutrina

2.1.3 Súmulas

2.1.4 Precedente judicial

2.1.5 Norma jurídica: regras e princípios

2.1.6 Aplicação das normas processuais

2.2 O tempo e o lugar da norma processual

2.3 Interpretação das normas processuais

2.3.1 O método literal ou gramatical

2.3.2 Método exegético (apelo ao espírito do legislador)

2.3.3 Método histórico (apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade)

2.3.4 Método comparativo (a análise de outros sistemas jurídicos)

2.3.5 Método teleológico (interpretação a partir dos fins)

2.3.6 Método lógico-sistemático

2.3.7 Há critérios hierárquicos de interpretação?

CAPÍTULO 3 — SISTEMAS PROCESSUAIS E NORMAS FUNDAMENTAIS

3.1 Sistema processual

3.2 O sistema cooperativo de processo

3.2.1 Isonomia

3.2.1.1 Vulnerabilidade processual

3.2.2 Adequação

3.2.3 Juiz natural

3.2.4 Contraditório

3.2.5 Inafastabilidade

3.2.6 Publicidade

3.2.7 Fundamentação

3.2.8 Razoável duração dos processos

3.2.9 Boa-fé objetiva

3.2.10 Primazia de julgamento do mérito

3.2.11 Demanda e impulso oficial

3.2.12 Devido processo legal

CAPÍTULO 4 — AS FUNÇÕES DO ESTADO

4.1 As funções do Estado

4.2 A função jurisdicional

4.3 Espécies de jurisdição

4.4 Princípios da jurisdição

4.5 Jurisdição privada: meios paraestatais de resolução de conflitos

4.6 Justiça multiportas

4.6.1 Arbitragem

4.6.2 Conciliação

4.6.3 Mediação

4.6.4 ODRs

4.6.5 *Dispute board*

CAPÍTULO 5 — O MAGISTRADO

5.1 O magistrado

5.2 Prerrogativas

5.3 Responsabilidade política

5.4 Dos limites da jurisdição nacional

CAPÍTULO 6 — COMPETÊNCIA

6.1 Conceito

6.2 Fontes

6.3 Classificação

6.4 Critérios de fixação da competência

6.5 Competência absoluta e relativa

6.6 Causas de modificação da competência

6.6.1 Foro de eleição

6.7 Conflito de competência

CAPÍTULO 7 — AÇÃO

7.1 Introdução

7.2 Teorias

7.2.1 Teoria da ação como direito abstrato

7.2.2 Teoria eclética

7.2.3 Teoria da asserção

7.3 Conceito de ação

7.4 Características

7.5 Os diferentes planos da ação

7.6 Elementos da ação

7.6.1 Partes

7.6.2 Causa de pedir

7.6.3 Pedido

7.7 Conexão e continência

7.8 Classificação das ações

CAPÍTULO 8 — PROCESSO

8.1 Introdução

8.2 Teorias

8.3 Conceito e natureza jurídica

8.4 Objeto do processo

8.5 Características

8.6 Pressupostos processuais

8.6.1 Considerações gerais

8.6.2 Pressupostos subjetivos

8.6.2.1 Capacidade de ser parte

8.6.2.2 Órgão investido de jurisdição

8.6.3 Pressupostos objetivos

8.6.3.1 Ato inicial da relação processual

8.6.4 Plano de validade: requisitos de admissibilidade

8.6.4.1 Legitimidade para a causa

8.6.4.2 Legitimidade para o processo

8.6.4.3 Capacidade processual dos cônjuges

8.6.4.4 Sucessão processual: partes e procuradores

8.6.4.5 Substituição processual

8.6.4.6 Capacidade postulatória

8.6.4.7 Competência do órgão

8.6.4.8 Imparcialidade

8.6.4.9 Requisito objetivo intrínseco

8.6.4.10 Respeito às exigências formais

8.6.4.11 Interesse de agir

8.6.4.12 Requisito objetivo extrínseco

8.6.5 Sujeitos da relação processual

8.6.5.1 O Estado-juiz

8.6.5.1.1 Os deveres-poderes e a responsabilidade do juiz no processo

8.6.5.2 Auxiliares da justiça

8.6.5.3 Dos conciliadores e mediadores

8.6.5.4 Partes

8.6.5.4.1 Deveres das partes

8.6.6 Responsabilidade processual

8.7 Cumulação de partes: litisconsórcio

8.7.1 Classificação do litisconsórcio

8.7.1.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto

8.7.1.2 Litisconsórcio inicial e ulterior

8.7.1.3 Litisconsórcio facultativo e necessário

8.7.1.4 Litisconsórcio simples e unitário

8.7.2 Regime jurídico dos litisconsortes

8.7.3 Litisconsórcios especiais

CAPÍTULO 9 — INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

9.1 Conceito de terceiro

9.2 Fundamentos legitimadores da intervenção

9.3 As modalidades de intervenção de terceiro

9.4 As espécies de intervenção

9.4.1 Assistência

9.4.1.1 Procedimento

9.4.1.2 Classificação

9.4.2 Denunciação da lide

9.4.2.1 Procedimento

9.4.3 Chamamento ao processo

9.4.3.1 Procedimento

9.4.4 *Amicus curiae*

9.4.5 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

CAPÍTULO 10 — ADVOCACIA

10.1 O advogado

10.1.1 Honorários advocatícios

10.1.1.1 Honorários recursais

10.2 Advocacia Pública

CAPÍTULO 11 — MINISTÉRIO PÚBLICO

11.1 Introdução

11.2 Princípios institucionais

11.3 Formas de atuação do Ministério Público

CAPÍTULO 12 — DEFENSORIA

12.1 Introdução

12.2 A organização da Defensoria

12.3 Garantias e prerrogativas

12.4 Dos deveres, proibições e impedimentos

CAPÍTULO 13 — ATOS PROCESSUAIS

13.1 Introdução

13.2 Os diferentes planos dos atos processuais

13.3 Classificação dos atos processuais

13.3.1 Atos praticados pelas partes

13.3.2 Atos praticados pelo juiz

13.4 Tempo e lugar dos atos processuais

13.5 Forma dos atos processuais

13.6 Negócio jurídico processual

13.7 Prática eletrônica de atos processuais

13.8 Comunicação dos atos processuais

13.8.1 Comunicação entre juízos

13.8.1.1 Carta de ordem

13.8.1.2 Carta rogatória
13.8.1.3 Carta precatória
13.8.1.4 Carta arbitral
13.8.1.5 Cooperação jurídica nacional
13.8.1.6 Cooperação internacional
13.8.2 Comunicação entre o juízo e as partes
13.8.2.1 Citação
13.8.2.1.1 Espécies de citação
13.8.2.1.2 Efeitos da citação
13.8.2.2 Intimação

CAPÍTULO 14 — A TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS

CAPÍTULO 15 — PRAZO

15.1 Conceito
15.2 Suspensão e interrupção
15.3 Classificação

CAPÍTULO 16 — COGNIÇÃO JUDICIAL

16.1 Conceito de cognição
16.2 Objeto da cognição judicial
16.3 Espécies de cognição judicial

CAPÍTULO 17 — FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

17.1 Formação do processo

17.2 Estabilização da demanda

17.3 Suspensão do processo

17.4 Extinção do processo

CAPÍTULO 18 — PROCEDIMENTO COMUM

18.1 Considerações gerais

18.2 Petição inicial

18.2.1 Indeferimento da petição inicial

18.2.2 Improcedência liminar do pedido

18.3 Audiência de conciliação e mediação

18.4 Resposta do réu

18.4.1 Contestação

18.4.2 Revelia

18.4.3 Reconvenção

18.4.4 Impugnação do valor da causa

18.5 Providências preliminares

18.5.1 Réplica

18.5.2 Não incidência dos efeitos da revelia

18.5.3 Das alegações do réu

18.6 Julgamento conforme o estado do processo

18.6.1 Julgamento antecipado do mérito

18.6.2 Saneamento e organização do processo

18.7 Audiência de instrução e julgamento

CAPÍTULO 19 — TEORIA GERAL DA PROVA

19.1 Prova, verdade e consenso

19.2 Prova e consenso

19.3 Um conceito de prova

19.4 Objeto da prova

19.5 Ônus da prova

19.6 Poderes instrutórios

19.7 Destinatários da prova

19.8 Sistemas de valoração da prova

19.9 Procedimento probatório

19.10 Produção antecipada de prova

19.11 Prova emprestada

CAPÍTULO 20 — PROVAS EM ESPÉCIE

20.1 Depoimento da parte

20.2 Confissão

20.2.1 Ineficácia da confissão

20.2.2 Confissão e reconhecimento da procedência do pedido

20.3 Prova documental

20.3.1 Classificação dos documentos

20.4 Exibição de documento ou coisa

20.4.1 Procedimento da exibição

20.5 Prova testemunhal

20.6 Prova pericial

20.7 Inspeção judicial

20.8 Ata notarial

CAPÍTULO 21 — DECISÃO JUDICIAL

21.1 Pronunciamentos judiciais

21.2 A decisão como norma jurídica individualizada

21.3 Decisões provisórias e decisões definitivas

21.4 Interpretação da decisão judicial

21.5 Capítulos de sentença

21.6 Elementos da decisão judicial

21.6.1 Relatório

21.6.2 Fundamentação

21.6.3 Dispositivo

21.7 Classificação das decisões judiciais

21.7.1 Decisões terminativas

21.7.2 Decisões definitivas

21.8 Publicação, retratação e integração

21.9 Sentença

21.9.1 Classificação das sentenças de procedência: conteúdo e efeito

21.9.1.1 Meramente declaratória

21.9.1.2 Constitutiva

21.9.1.3 Condenatória

21.10 Hipoteca judiciária

21.11 Remessa necessária

CAPÍTULO 22 — TUTELAS PROVISÓRIAS

22.1 Introdução

22.2 Tutelas provisórias: considerações gerais

22.3 Motivação e urgência

22.4 Competência

22.5 Efeitos

22.6 Responsabilidade

22.7 Tutela de urgência

22.7.1 Tutela cautelar

22.7.1.1 Tutela cautelar antecedente e incidente: procedimento

22.7.2 Tutela antecipada

22.7.2.1 Tutela antecipada antecedente e incidente: procedimento

22.8 Estabilização da tutela

22.8.1 Desconstituição dos efeitos da estabilização

22.9 Tutela de evidência

CAPÍTULO 23 — COISA JULGADA

23.1 Introdução

23.2 Classificação: formal e material

23.3 Limites objetivos da coisa julgada

23.4 Limites subjetivos da coisa julgada

23.5 Coisa julgada nas sentenças determinativas

CAPÍTULO 24 — PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

24.1 Introdução

24.2 Técnicas de especialização do procedimento

24.3 A escolha do procedimento: construção, erro e correção

24.4 O caráter subsidiário do procedimento comum

24.5 O papel da tradição no emprego do procedimento

CAPÍTULO 25 — AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

25.1 Introdução

25.2 Natureza do procedimento de consignação

25.3 Requisitos de admissibilidade

25.3.1 Liquidez

25.3.2 Legitimidade

25.3.3 Objeto

25.4 Consignação extrajudicial

25.4.1 Objeto

25.4.2 Procedimento

25.4.3 Natureza da decisão

25.5 Consignação judicial

25.5.1 Procedimento

25.5.2 Cumulação de pedidos

25.5.3 Natureza da decisão

25.6 Consignação em caso de dúvida quanto à legitimidade passiva

25.7 Resgate de enfiteuse

25.8 Consignação dos aluguéis e seus acessórios

CAPÍTULO 26 — AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

26.1 Introdução

26.2 Natureza da ação de exigir contas

26.3 Requisitos de admissibilidade

26.3.1 Legitimidade

26.3.2 Interesse de agir

26.4 Prestação de contas dos administradores judiciais

26.5 Procedimento

26.5.1 Primeira fase

26.5.2 Segunda fase

CAPÍTULO 27 — AÇÕES POSSESSÓRIAS

27.1 Introdução

27.2 A tutela possessória

27.3 Os efeitos jurídicos do tempo na posse

27.4 Natureza do procedimento de tutela da posse

27.5 Requisitos de admissibilidade

27.6 Legitimidade

27.7 Interesse de agir

27.8 Reintegração

27.9 Manutenção

27.10 Proibição

27.11 Fungibilidade

27.12 Procedimento: força nova e força velha

27.13 Procedimento das ações possessórias

27.13.1 Petição inicial

27.13.2 Cumulação de pedidos

27.13.3 Citação

27.13.4 Medida liminar

27.13.5 Sentença

27.14 Interdito proibitório

CAPÍTULO 28 — AÇÃO DE DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES

28.1 Introdução

28.2 Requisitos de admissibilidade

28.2.1 Legitimidade

28.3 Procedimento da ação demarcatória

28.3.1 Petição inicial

28.3.2 Citação

28.3.3 Contestação

28.3.4 Prova pericial

28.3.5 Sentença

28.3.6 Fase executiva

28.4 Procedimento da ação divisória

28.4.1 Petição inicial

28.4.2 Citação

28.4.3 Contestação

28.4.4 Sentença

28.4.5 Prova pericial

28.4.6 Fase executiva

CAPÍTULO 29 — AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

29.1 Introdução

29.2 Requisitos de admissibilidade

29.2.1 Legitimidade

29.2.2 Interesse de agir

29.3 Procedimento

29.3.1 Petição inicial

29.3.2 Citação

29.3.3 Contestação

29.3.4 Sentença

29.4 Apuração dos haveres

CAPÍTULO 30 — INVENTÁRIO E PARTILHA

30.1 Introdução

30.2 Natureza jurídica

30.3 Inventário negativo

30.4 Requisitos de admissibilidade

30.4.1 Legitimidade

30.4.2 Interesse de agir

30.5 Questões de alta indagação

30.6 Inventário e partilha pela via administrativa

30.6.1 Requisitos para a eleição da via administrativa

30.6.2 Regulamentação do CNJ

30.6.3 Execução da partilha

30.7 Inventário e partilha judicial

30.7.1 Competência e universalidade do foro

30.7.2 Administração da herança

30.7.3 Inventariante

30.7.4 Procedimento

30.7.4.1 Petição inicial

30.7.4.2 Citação e impugnação das primeiras declarações

30.7.4.3 Avaliação e cálculo do imposto

30.7.4.4 Colações

30.7.4.5 Pagamento das dívidas

30.8 Partilha

30.8.1 Formal de partilha

30.9 Sobrepartilha

30.10 Inventário conjunto

30.11 Arrolamento

30.12 Arrolamento sumário

CAPÍTULO 31 — EMBARGOS DE TERCEIRO

31.1 Introdução

31.2 Requisitos de admissibilidade

31.2.1 Objeto

31.2.2 Legitimidade

31.2.2.1 Embargos de terceiro do cônjuge ou companheiro

31.2.2.2 Embargos de terceiro na fraude à execução

31.2.2.3 Embargos de terceiro na penhora de bens do sócio

31.2.2.4 Embargos de terceiro na garantia real

31.2.2.5 Legitimidade passiva

31.2.3 Interesse de agir

31.3 Procedimento

31.3.1 Competência

31.3.2 Prazo

31.3.3 Petição inicial

31.3.4 Citação

31.3.5 Resposta do réu

31.3.6 Sentença

CAPÍTULO 32 — OPOSIÇÃO

32.1 Introdução

32.2 Requisitos de admissibilidade

32.2.1 Legitimidade

32.2.2 Interesse de agir

32.3 Procedimento

CAPÍTULO 33 — DA HABILITAÇÃO

33.1 Introdução

33.2 Requisitos de admissibilidade

33.2.1 Legitimidade

33.2.2 Interesse de agir

33.3 Procedimento

CAPÍTULO 34 — DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

34.1 Introdução

34.2 Requisitos de admissibilidade

34.2.1 Legitimidade

34.2.2 Interesse de agir

34.3 Procedimento

CAPÍTULO 35 — AÇÃO MONITÓRIA

35.1 Introdução

35.2 Requisitos de admissibilidade

35.2.1 Interesse de agir

35.2.2 Legitimidade

35.3 Procedimento

35.3.1 Decisão

35.3.2 Embargos

CAPÍTULO 36 — PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

36.1 Introdução

36.2 Características

36.3 Requisitos

36.3.1 Interesse de agir

36.3.2 Legitimidade

36.4 Disposições gerais

36.4.1 Procedimento comum

CAPÍTULO 37 — EXECUÇÃO – PARTE GERAL

37.1 Introdução

37.2 Princípios da execução

37.3 Competência

37.4 Requisitos

37.4.1 Legitimidade

37.4.2 Interesse de agir: necessidade e adequação

37.5 Responsabilidade patrimonial

37.6 Bens sujeitos à responsabilidade patrimonial

37.7 Alienações fraudulentas

37.8 Liquidação de sentença

CAPÍTULO 38 — CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

38.1 Introdução

38.2 Cumprimento de sentença condenatória no pagamento de quantia certa contra devedor solvente

38.3 Do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa

38.4 Cumprimento de sentença condenatória contra a Fazenda Pública

38.5 Cumprimento de sentença condenatória no pagamento de pensão alimentícia

38.6 Cumprimento de sentença que condena no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa

CAPÍTULO 39 — PROCESSO DE EXECUÇÃO

39.1 Introdução

39.2 Processo de execução para entregar coisa certa

39.3 Processo de execução para entregar coisa incerta

39.4 Processo de execução para obrigação de fazer e não fazer

39.5 Processo de execução para entregar quantia certa contra devedor solvente

39.5.1 Petição inicial

39.5.2 Citação e arresto

39.5.3 Penhora

39.5.4 Modificação da penhora

39.5.5 Depositário

39.5.6 Avaliação

39.5.7 Expropriações dos bens

39.5.7.1 Adjudicação

39.5.7.2 Alienação

39.5.7.3 Apropriação de frutos e rendimentos de móvel ou imóvel

39.5.8 Satisfação do crédito

39.5.9 Execução contra a Fazenda Pública

39.5.10 Execução de alimentos

CAPÍTULO 40 — DEFESAS DO EXECUTADO

40.1 Introdução

40.2 Impugnação

40.3 Embargos

40.4 Exceções de pré-executividade

CAPÍTULO 41 — SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

41.1 Suspensão

41.2 Extinção

CAPÍTULO 42 — PROCESSO NOS TRIBUNAIS E PRECEDENTES

42.1 Introdução

42.2 Jurisprudência

42.3 Ordem dos processos nos tribunais

42.4 Atribuições do relator

42.5 Microssistema de formação concentrada de precedentes e julgamento de demandas repetitivas

42.6 Microssistema de formação concentrada de precedentes

42.7 Microssistema de julgamento de demandas repetitivas

42.8 Regras comuns aos microssistemas

42.9 Incidente de assunção de competência

42.10 Incidente de arguição de inconstitucionalidade

42.11 Incidente de resolução de demandas repetitivas

- 42.11.1 Requisitos
- 42.11.2 Legitimidade
- 42.11.3 Procedimento

42.12 Reclamação

- 42.12.1 Introdução
- 42.12.2 Natureza jurídica
- 42.12.3 Legitimidade
- 42.12.4 Interesse de agir
- 42.12.5 Procedimento

42.13 Conflito de competência

42.14 Homologação de decisão estrangeira e a concessão de exequatur à carta rogatória

42.15 Ação rescisória

42.15.1 Legitimidade

42.15.2 Interesse de agir

42.15.3 Competência

42.15.4 Cabimento

42.15.5 Procedimento

CAPÍTULO 43 — TEORIA GERAL DOS RECURSOS

43.1 Introdução

44.2 Agravo de instrumento

43.2 Natureza jurídica

43.3 Legitimidade

43.4 Interesse recursal

43.5 Objeto

43.6 Finalidades

43.7 Preclusão e coisa julgada

43.8 Pedido recursal

43.9 Efeitos dos recursos

43.10 Juízo de admissibilidade

43.11 Classificação

43.12 Requisitos intrínsecos

43.13 Requisitos extrínsecos

43.14 Juízo de mérito

43.15 Princípios recursais

43.16 Recurso adesivo

CAPÍTULO 44 — RECURSOS EM ESPÉCIE

44.1 Apelação

44.2 Agravo de instrumento

44.3 Agravo interno

44.4 Embargos de declaração

44.5 Recurso ordinário constitucional

44.6 Recursos excepcionais

44.7 Hipóteses de cabimento do recurso especial

44.7.1 A relevância como requisitos de admissibilidade para o recurso especial

44.8 Hipóteses de cabimento do recurso extraordinário

44.8.1 Repercussão geral como requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário

44.9 Recursos especiais e extraordinários repetitivos

44.10 Agravo em recurso especial e em recurso extraordinário

44.11 Embargos de divergência

BIBLIOGRAFIA



1.1 ESTADO E ORDENAMENTO:[1] CORRELAÇÕES HISTÓRICAS

A filosofia política consolidada pelos iluministas afetou sensivelmente o exercício das funções estatais. Não por outra razão, a derrocada do Estado absolutista e a consequente afirmação do Estado de Direito, traduz uma nova fonte legitimadora para o exercício do poder. Superam-se muitas referências religiosas, utilizadas na época monárquica, para adotar, pela racionalidade, um novo padrão institucional, agora firmado pelo cumprimento de procedimentos cartesianos e pela proposta de isonomia formal.

Quer-se com isso afirmar que a generalidade das regras, firmadas no Estado de Direito pela racionalidade assujeitadora do homem, propaga, estrategicamente, um discurso técnico, burocrático e desindexado da faticidade. O Direito, nessa quadra da história, busca assegurar apenas o mínimo necessário para o desempenho das funções administrativas, em total descompasso com a dignidade do homem.

Pelas mãos da filosofia positivista, essa proposta de Estado formal e individualista encontra respaldo nas estruturas jurídicas, que, dentre suas várias escolas, emprega na França, pela vertente exegética, ordens de interpretação literal do texto, com o claro

propósito de conter as eventuais interferências judiciais diante dos reclames de uma sociedade frágil e evidentemente desequilibrada pela concentração da renda e dos veículos de produção e circulação de riquezas da época.

Não por acaso, essa histórica repressão capitalista amparou-se nas teses da consciência moral universal, no conceito de um bem-estar geral e de um projeto único de felicidade, legitimando assim uma violência simbólica de segregação das castas, onde aparentemente, cada qual tem seu lugar e papel predeterminado e essencial ao funcionamento do sistema jurídico.

De fato, a repressão jamais pode confessar-se como tal:

> ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis por que ela usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal será sempre coberta por uma armadura jurídica ideológica.[2]

Essa corrente positivista, convenientemente instituída em tempos de isonomia formal e de desatenção para com as peculiaridades do caso concreto, advirta-se, não por acaso adequa-se perfeitamente ao ideal individualista do Estado liberal francês, pois congrega, sob as vestes intelectuais do Iluminismo, limites para o Estado absolutista, ao tempo que afasta a possibilidade da atuação judicial, nas questões políticas fundamentais. Não é de se admirar que a França, por muitos anos tenha excluído da apreciação judicial o controle de constitucionalidade, atribuindo essa prerrogativa a um órgão político.

Veja-se, nesse sentido, Mauro Cappelletti:

> A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis é, na verdade, como se sabe, uma ideia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como Constituições “rígidas” e não “flexíveis”. Todas as vezes que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. Assim aconteceram as Constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 frimário do ano de VIII (13 de dezembro de 1799), a qual, nos arts. 25-28, confiava o controle ao *Sénat Conservateur*, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos arts. 25-28, confiava o controle ao *Sénat*.[3]

São tempos em que a ausência de faticidade na concepção do Direito se revela pelo procedimento técnico e meramente legitimador das relações de poder, o que ocorre em absoluta adequação com o projeto constitucional iluminista.

Há, portanto, uma clara correlação entre a proposta de Estado e a concepção do ordenamento jurídico, e isto não se pode desconsiderar, pois a História nos tem revelado que essas estruturas de poder não se movem isoladamente. Dito de outro modo: à proposta de poder apresentada pelo Estado liberal, correlaciona-se uma estrutura jurídica capaz de permitir o alcance das finalidades pactuadas pelo contrato racional, de sorte que os interesses das classes agora privilegiadas possam ser assegurados pela ordem jurídica.

Esta correlação evidente entre a proposta de Estado e a estrutura do ordenamento jurídico nos permite acompanhar como e por que o positivismo jurídico é concebido e adotado largamente pelos países europeus até o advento da Segunda Grande Guerra. Possibilita, ainda, identificar de que forma a segregação da moral e da religião afeta a construção dos textos jurídicos.

Atenta à necessidade de delimitar os contornos da atividade hermenêutica, uma primeira vertente de positivismo (legalista) é

aparentemente fortificada pela elaboração de códigos científicos[4] e se baseia na simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos, pois, no que se reporta à interpretação do Direito, isto seria suficiente. Este mesmo raciocínio seria aplicado ainda para os casos que reclamassem analogia ou uso dos princípios gerais do Direito, todos submetidos ao rigor sintático de sua aplicação.

A premissa que aqui se desenvolve sustenta diretamente que as inexatidões sintáticas seriam as responsáveis pela insurgência e pela instabilidade na entrega das prestações jurisdicionais, de sorte que a correta organização das palavras pudesse imprimir limites ao hermeneuta. A clareza do texto faria valer o ideal burguês de controle do Estado pela mera reprodução, afastando, destarte, por completo, a necessidade de interpretação. Com linhas históricas: na clareza da lei, desnecessária é a interpretação. Será?

Essa versão primitiva do positivismo, além de confundir texto com norma (sentido do texto) e lei com Direito, em corolário da ausência de faticidade e da preocupação com o purismo e com o rigor científico, vai sustentar, convenientemente, que ao juiz não é dado interpretar a lei, pois este ato, em suposta presunção liberal, comprometeria o ideal de segurança defendido pela burguesia francesa da pós-revolução.

A insuficiência da sintaxe no desiderato de estabelecer limites definitivos para a aplicação do Direito revela seus primeiros traços já nas primeiras décadas do século XX, pois as décadas de 1930 e 1940 são o relato histórico das intervenções estatais em espaços privados, ao ponto em que a suposta autoridade de códigos monolíticos é colocada em xeque pela multiplicidade das questões postas sob apreciação judicial.

Não há como delimitar a renovação cotidiana da vida nas apertadas linhas do imaginário legislativo, de sorte que este desgaste acelerado das proposições codificadas vai nos permitir estudar, ainda que sob a influência da jurisprudência dos conceitos e da proposta do Estado de Direito, a vertente normativa do positivismo.

É neste segundo momento de reavaliação da tradição positivista que Hans Kelsen se apresenta como defensor do método analítico,

opondo-se desta forma ao sistema apresentado pela Jurisprudência dos Interesses e pela Escola do Direito Livre. O reforço deste método analítico se revela pela preocupação no desenvolvimento de um vocabulário próprio e específico da ciência jurídica, de sorte a limitar que as margens semânticas da linguagem pudessem comprometer a uniformidade de aplicação do Direito.

Esta mudança de foco da atividade positivista, em verdade, se revela como corolário de uma constatação evidente: a de que o problema da interpretação não reside na sintaxe dos textos, mas sim em sua semântica.[5]

Ao que se pode constatar, Kelsen supera o positivismo exegético, não sendo, portanto, razoável lhe atribuir a defesa de uma aplicação hermética, pois sua obra não respalda a ideia de que o positivismo normativo seja a aplicação literal do texto; todavia, sua tese, ainda que tenha identificado o problema da semântica na formulação do Direito, relega o problema de sua aplicação concreta ao campo da hermenêutica. Sua teoria, sob esta perspectiva, seria uma metalinguagem sobre o sujeito-objeto.

Com linhas mais simples: o positivismo normativo, por constatar a impossibilidade de controlar o sujeito solipsista, relega o problema da hermenêutica jurídica a um segundo plano, deixando a cargo dos juízes, por meio de um ato individual de vontade, a interpretação do texto.[6]

Firma-se a filosofia da consciência, atribuindo ao sujeito, que em *terrae brasilis* ainda hoje fala por intermédio de uma dogmática estandardizada, a responsabilidade de atribuir sentidos às coisas e entregar ao jurisdicionado, pela atividade hermenêutica, a norma reguladora do caso concreto.

Sob esta referência intelectual, a dogmática jurídica de claro matiz individual-positivista construiu sentidos, estabelecendo as delimitações semânticas a partir de concepções subjetivas e axiológicas. Dito de forma mais simples: se o pensamento positivista-normativo delega ao indivíduo, como ato de vontade, a decisão, e se o sentido do texto é atribuído livremente pelo indivíduo, o Direito passa a ser instrumento de manutenção dos

interesses dominantes, pois a estrutura jurídica de há muito já é concebida para restringir essa fala autorizada.

Essa estrutura jurídica formal-positivista encontra respaldo intelectual na corrente filosófica que “outorga” ao sujeito a suposta liberdade para imprimir sentido aos termos jurídicos. Essa fala autorizada, entretanto, não se exerce aleatoriamente por qualquer membro do Poder Judiciário. Ao revés, é delegada aos órgãos de cúpula do Estado brasileiro, de sorte que a doutrina e a jurisprudência predominantes estabeleçam o horizonte de sentidos dos juristas.

Assim, os operadores do Direito, ainda hoje, consideram que sua missão se reduz ao exercício de reproduzir sentidos previamente atribuídos por quem esteja legitimado a dizer a “correta” interpretação da lei e da Constituição. Não é por isso que já agora, sob as luzes da pós-modernidade, se adotam súmulas vinculantes e precedentes judiciais, como se o texto da súmula trouxesse em si apenas um sentido, revelado pela Corte aos demais operadores?

Portanto, quando um magistrado resolve decidir contra a lei, em verdade está decidindo contra aquilo que se convencionou, pela doutrina e pela jurisprudência, a se atribuir como o real sentido do texto normativo.

Romper com este paradigma e superar a referência intelectual iluminista são responsabilidades do jurista, pois, ao quanto se procurou demonstrar, a manutenção dessa estrutura elide o resgate das promessas de efetividade dos direitos fundamentais, na exata medida em que o Direito passa a ser um instrumento para manutenção de pactos anteriores ao espírito constitucional e aos reclames da sociedade contemporânea.

Trata-se de um novo tempo, em que a realidade já nos permite afirmar que a carta constitucional deixou de retratar apenas as relações de poderes vigentes em sua publicação para assumir um caráter programático, funcionando como um farol para o encontro do desenvolvimento econômico e da justiça social. Sobre o tema, assim se manifesta Canotilho: “A Constituição tem mais o caráter de um plano propondo à comunidade um modelo de vida coerente para o futuro, e compreende, por isso, sempre um elemento de utopia

concreta, utopia cuja concretização ficará dependente da ação política".[7]

É esse o panorama traçado pela suave brisa da modernidade, em que novos conceitos devem ser revisitados sob a ótica de uma justiça individualizada e voltada para afirmar os valores constitucionais. Todavia, se de um lado a História "confirma" a superação do modelo liberal, de outro, faz-se necessário compreender que a proposta deste novo Estado Democrático de Direito, ao propor a adoção de valores em seu texto constitucional e a correlata possibilidade de participação do indivíduo, acaba por deslocar para a doutrina o desafio de elaborar uma dogmática capaz de conferir efetividade a um texto que, para muito além da frieza da expressão linguística, se propõe tutelar situações multifacetadas, considerando opções políticas e projetos coletivos de cidadãos, agora entendidos como atores efetivos do processo transformador da realidade humana.

Sob o sol da atualidade, o Estado brasileiro se propõe a adotar um referencial de isonomia material, tratando assim desigualmente os desiguais; sustenta a intervenção direta no mercado e na economia para assegurar uma adequada distribuição de riquezas e ainda se compromete com um ideal de justiça social individualizado. Enfim, promete muito para uma população que pelo registro histórico jamais viveu os benefícios do Estado social, mas que agora se enxerga titular de direitos e prerrogativas constitucionais, dispostos à afirmação de sua dignidade. Esse desafio de atualizar as estruturas jurídicas para permitir a realização da proposta constitucional vem sendo observado gradativamente pelo legislador, que por intermináveis alterações legislativas vem contemporizando as desigualdades sociais.

Em aspectos gerais, nosso Estado Democrático de Direito propõe uma mudança estrutural no ordenamento jurídico, pelas seguintes etapas: a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, a inclusão de cláusulas gerais e a incorporação de diversos princípios.

Todo esse arcabouço normativo, advirta-se, deve ser compreendido, interpretado e aplicado a partir de um horizonte constitucional que assegure a produção democrática do Direito.

O que se quer aqui estabelecer é que ao lado da segurança da lei – proposta pelo Estado de Direito – e da participação na gerência da coisa pública – oportunizada pela democracia participativa –, devemos considerar, no exercício das atividades estatais, a proposta de isonomia material, irretocavelmente sintetizada por Rui Barbosa, nestes termos: “É preciso tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Os reflexos diretos desta isonomia revelam-se através das justiças especializadas, prazos diferenciados para o setor público, Códigos protetivos, Estatutos voltados para a proteção de crianças e idosos, e como marco mais eloquente, o novo Código de Processo Civil, que não por outra razão, investe em princípios e conceitos indeterminados para viabilizar o resgate do caso concreto.

A retomada da faticidade, ao final, provocou mudanças paradigmáticas no ordenamento jurídico brasileiro, pois no diálogo constitucional entre o Direito e a realidade, dispõe o jurista, ainda que tardiamente, de novas ferramentas na luta pela dignidade do homem.

Neste paradigma, em que termos vagos resgatam os fatos e o mundo prático, não se pode admitir que a densificação e delimitação se façam sem compromisso com a peculiaridade do caso concreto. Por isto, a necessária compatibilidade semântica é o parâmetro da decisão adequada. Sendo assim, em vez de autorizar qualquer decisão, o ordenamento se dispõe a exigir do intérprete boa dose de responsabilidade hermenêutica, o que, a toda evidência, se faz em benefício dos valores constitucionais.

Por essa razão, a interpretação do novo Código de Processo Civil que, pelo conjunto de seus 1.072 artigos, representa um modelo democrático de processo, não se presta a legitimar qualquer resultado hermenêutico. Ao revés, busca viabilizar que as experiências jurídicas de nossa sociedade, ao tempo que forjam tradições jurídicas sobre os institutos processuais, delimitando, democraticamente, o que se deve entender por razoável, justo, proporcional, ou adequado, corroborem um padrão de resposta institucional que, para além de convicções pessoais, deve se sobrepor, como resultado e resposta da atividade judicial.

Estado de Direito	Estado Democrático de Direito
– Direito é lei; – Isonomia formal; – Processo – instrumento burocrático.	– Direito é norma; – Isonomia material; – Processo – instrumento democrático.
Ordenamento Jurídico	**Ordenamento Jurídico**
– Pautado por regras; – Respostas padronizadas e desconectadas do caso concreto; – Matriz positivista, que aposta na formalidade do procedimento e na discricionariedade da decisão.	– Pautado por regras e princípios; – Respostas construídas em contraditório e adequadas ao caso concreto; – Matriz dialógica, pautada pela coerência e integridade.

1.2 UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL

Evidenciada a correlação entre a proposta institucional do Estado e a concepção do ordenamento jurídico, passamos a identificar as referências constitucionais para a compreensão do novo modelo de processo.

Em Ronald Dworkin, é possível identificar dois vetores hermenêutico-constitucionais para balizar nossa interpretação acerca das normas processuais: coerência e integridade.

A ideia nuclear da coerência, no Estado Democrático de Direito, se afirma pela concretização da igualdade. Sob essa perspectiva é possível concluir que há coerência quando, diante de casos semelhantes, aplicam-se os mesmos princípios e preceitos legais.[8]

Por isso, muitos dos dispositivos normativos do CPC/2015 se prestam a padronizar respostas judiciais, sem com isso desconsiderar a identidade da causa. Dito com linhas mais simples: a semelhança entre as demandas deve ser comprovada, assegurando-se, contudo, aos envolvidos, a possibilidade de arguirem as especificidades de sua demanda para buscarem respostas adequadas.

A integridade, por sua vez, impõe-se para o Legislativo e para o Judiciário. Ao primeiro, estabelece o compromisso da edição de leis moralmente coerentes. Ao segundo, tanto quanto possível, o exercício de uma atividade judicante, em acordo com a coerência moral do ordenamento.[9]

Sob essa perspectiva, pode-se concluir que a integridade determina sempre um grau de sentido a partir do qual se vai construir a resposta do caso, como se o juiz estivesse escrevendo, em sua decisão (para usar a ideia do romance em cadeia de Dworkin), o próximo capítulo de uma série. É certo que na condição de autor, quem decide tem certo grau de liberdade para criar, isso, entretanto, não é feito sem os limites previamente estabelecidos pelos capítulos anteriores, ou sem a contextualização da história.

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.[10]

A integridade, advirta-se, não contempla todas as etapas históricas, o que justifica o fato de juízes não estarem ancorados a paradigmas do século passado ou a ideais incompatíveis com a democracia.[11] É certo que o desenvolvimento da sociedade, por vezes, provoca rupturas com certas tradições jurídicas e por essa

razão, devemos adotar, como ponto de partida para a interpretação, o texto constitucional de 1988, a fim de que seus preceitos, finalidades e fundamentos sejam assegurados e efetivados no sistema processual.

Em termos práticos, essa leitura constitucional do processo civil, feita a partir dos vetores coerência e integridade, permite-nos compreender, por exemplo, a previsão de ritos específicos para determinadas situações e ainda uma certa orientação, feita ao Legislativo e ao Judiciário, para a criação, interpretação e aplicação das normas processuais.

Com efeito, a noção de “Direito como integridade” supõe que os cidadãos têm direito a uma extensão coerente e fundada em princípios, aqui compreendidos como um padrão de comportamento, ainda quando o intérprete discorde de seu significado. Afinal, não vamos ao Judiciário procurando por opiniões pessoais, mas sim por respostas institucionais. Essas respostas, ao final, devem necessariamente considerar os Direitos Fundamentais que hoje são elementos da ordem jurídica objetiva, desenvolvendo o texto constitucional por meio de elementos axiológicos, compartilhados no espaço público, para estabelecer as diretrizes hermenêuticas com as quais o intérprete deve trabalhar. Dito com linhas mais simples: nosso horizonte hermenêutico, a partir do qual devemos compreender, interpretar e aplicar o Direito, é construído pelos Direitos Fundamentais, que consigo trazem todo um histórico institucional e marcos civilizatórios, para estabelecer uma moldura que contém as possibilidades de interpretação constitucional que, aqui, se torna indispensável para a entrega de uma resposta correta ao jurisdicionado.

No sentido do texto, Ingo Sarlet vai dizer que:

> Os Direitos Fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço

> intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título.[12]

É por essa estrada que propomos uma leitura constitucional do sistema processual, a fim de assegurarmos respostas institucionais corretas para o cidadão. A tarefa é hercúlea, pois há muito o que superar nos campos da hermenêutica jurídica, dos institutos processuais e da legislação, mas não caminharemos sós.

ATENÇÃO

Os princípios servem para resgatar a faticidade para o Direito. Por eles é possível considerar a peculiaridade do caso e entregar respostas adequadas à isonomia material. Sua compreensão, interpretação e aplicação é feita a partir da matriz constitucional, que previamente delimita as variáveis semânticas, não legitimando, portanto, resultados arbitrários e solipsistas.

1.3 DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

A doutrina de Ada Pellegrini[13] nos ensina que o direito material é: “O corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)”.

Essas normas, conforme a lição de Luiz Rodrigues Wambier,[14] tratam das “relações jurídicas travadas no mundo empírico, como

por exemplo, as que tratam da compra e venda de bens, ou disciplinam o modo como devem viver os vizinhos".

Sem prejuízo dessas disposições materiais, que hodiernamente regulamentam as relações travadas entre particulares ou entre estes e o Estado-administração, devemos considerar que a violação dessa esfera objetiva implica, de acordo com a dicção do art. 189 do diploma civil, o surgimento de uma pretensão, com a qual se poderá exigir o cumprimento do direito, *verbis*: "Violado o direito subjetivo nasce para seu titular uma pretensão, que se extingue pela prescrição, (...)".

Afirma-se então que as normas de direito objetivo são previstas para regulamentar as relações de direito material, a exemplo do contrato de locação celebrado entre particulares para disciplinar questões como o valor do aluguel, o índice utilizado para reajustar as prestações, o termo inicial e o final do contrato etc.

Ao celebrar o referido contrato, decorrem, para as partes envolvidas, direitos e deveres na órbita civil, tornando-se seus contratantes titulares de deveres e direitos subjetivos.

Considerando a natureza dessa espécie de direitos, que por serem subjetivos reclamam para o seu cumprimento uma prestação, resta evidenciada a possibilidade de descumprimento. Assim, pode o valor do aluguel não ser recolhido, a desocupação pode não ocorrer na data aprazada no contrato etc.

Violado esse direito subjetivo, vez que a prestação correspondente não fora observada pelo devedor, nasce então para seu titular uma pretensão e a correlata possibilidade de ele exigir o cumprimento do dever.

Sendo a exigência respeitada pelo devedor, a norma material ainda se revelará capaz de regulamentar a relação jurídica material, prevendo, por exemplo, multa pela mora ou cláusula penal pela rescisão contratual.

Todavia, a exigência do titular da pretensão para que o devedor respeite e observe o seu adimplemento poderá ainda assim ser resistida, cabendo ao seu titular, em razão da vedação à autotutela, acionar o Estado-juiz para que este possa dirimir o conflito, uma vez

que a disposição material já não se revela suficiente para regular a relação jurídica.

Aos princípios, regras e dispositivos que regulamentam a provocação e o atuar do Estado-juiz para o exercício da função jurisdicional chamamos de normas processuais.

Em arremate, nos informa a doutrina de Francesco Carnelutti que, se interesse nada mais é que uma situação favorável à satisfação de uma necessidade humana, se as necessidades humanas são ilimitadas, se em contraponto a isto os bens são finitos – isto é, a porção exterior do mundo apta a satisfazê-las –, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflito de interesses. Conclui então o mestre que a regulamentação das diversas expectativas humanas sobre o mesmo bem está na base da ordem jurídica.[15]

[1] A primeira manifestação relevante sobre a concepção de uma estrutura organizada sobre a disposição das leis aparece já sob o império do Estado liberal, mais especificamente nos EUA, que, em acordo com os ensinamentos de *Norberto Bobbio*, implementaram a ideia de que as leis deveriam se submeter à Constituição. Tem-se afirmado, em elevada sede doutrinária, que a teoria do ordenamento é obra da filosofia, pois, ao considerar as necessidades de ordem prática, defende a ideia de que a produção legislativa, sob pena de tornar-se desprovida de eficácia e legitimidade, deverá formar-se em alicerces lógicos, ordenados e harmônicos. Sob este prisma, pode-se afirmar peremptoriamente que o ordenamento, nas sábias palavras do professor *Tercio Sampaio*, não passa de uma construção hermenêutica, concebida para dar efetividade à estrutura de poder do Estado, uma vez que a teoria de um ordenamento lógico e coerente resolveria os maiores entraves da aplicação e efetividade dos interesses liberais, firmados sob a égide da lei e da igualdade formal. Percebe-se então que a lei representa, por excelência, o limite substancial ao exercício de criação do direito pelo intérprete, todavia, nosso ordenamento admite que decisões sejam proferidas com base no juízo de equidade, conferindo maior liberdade ao juiz, que em vez de estar vinculado ao mandamento legal, pode exercer sua atividade criativa com maior elasticidade. Esta discussão certamente não verte para a criatividade ou não criatividade, mas sim sobre os modos, limites e legitimidade da criação judicial.

[2] Daniel Katz e Robert L. Kahn *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[3] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. reimpr. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 94-95.

[4] Sobre o tema, assim se manifesta Lenio Streck: “A codificação efetua a seguinte ‘marcha’: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A ideia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba ‘criando’ um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900)” (STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ* – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>).

[5] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ* – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: <http://www.univali.br/periódicos>.

[6] Esse fracasso na superação do esquema sujeito-objeto pelo positivismo jurídico vem acompanhado de outra constatação, qual seja, a de que a premissa filosófica de ideais

universais, ainda que pela mão do sujeito imparcial e senhor dos sentidos, pudesse se comprometer com a realidade.

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 116.

[8] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no CPC*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>.

[9] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

[10] Idem, *p. 276.*

[11] Idem, p. 273-274.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 61.*

[13] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46.

[14] WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. I.

[15] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1, p. 3.



2.1 FONTES DO DIREITO PROCESSUAL

Fonte é o lugar de onde se originam as coisas, de onde provém algo. Assim, podemos identificar que as “fontes” do Direito se referem às suas origens. Adotando conhecida classificação doutrinária, podemos compreendê-las por fontes formais e materiais.

As fontes formais são obrigatórias e constituem-se pela Constituição Federal, pelas leis ordinárias, pelas Constituições estaduais, pelos regimentos internos dos tribunais, pelas leis de organização judiciária e pelos tratados internacionais. As leis municipais, em acordo com a distribuição de competências estabelecida pela carta constitucional, não integram as fontes processuais, vez que ao município falta autorização legislativa para regulamentar essa seara jurídica.

Sobre o tema, deve-se ainda considerar que o art. 927 do CPC estabelece um rol de pronunciamentos judiciais persuasivos e obrigatórios. Dentre eles, portanto, agregam-se às fontes formais as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os já mencionados enunciados de súmulas vinculantes, retratados, respectivamente, pelos incisos I e II do dispositivo.

Já as fontes materiais servem para melhor orientar a aplicação das fontes formais. São elas: os princípios gerais do Direito previstos na LINDB,[16] o costume, a jurisprudência, a doutrina e a súmula. Nesse contexto, cumulam-se as outras hipóteses, mencionadas pelos incisos III, IV e V do citado art. 927 do CPC. São elas: os acórdãos em IRDR e IAC,[17] os julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e, ainda, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os respectivos juízes e tribunais.

Trata-se, portanto, de compreender o texto pela via constitucional, concluindo pela existência de pronunciamentos vinculantes (fontes formais) e persuasivos (fontes materiais).

Em acordo com a redação empregada pelo art. 22, I, da CF, a competência para legislar em matéria processual é privativa da União. Todavia, o mesmo diploma apresenta à altura do art. 24, XI, a orientação de que Estados-membros e o Distrito Federal detêm competência concorrente para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”. Essa aparente contradição se resolve com a contribuição da doutrina,[18] que ressalta ser esse um procedimento administrativo, desenvolvido para a adequada realização dos atos processuais, tais como o desarquivamento ou a expedição de cartas, sem com isso apresentar qualquer caráter jurisdicional. A ressalva fica por conta dos juizados especiais cíveis e criminais, ainda hoje regulados pela Lei ordinária 9.099/1995. Isto, em função de a citada legislação estabelecer a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a criação, funcionamento e processo dos Juizados Especiais.

Vencida esta etapa inicial, onde se apresentam as fontes processuais e a competência para legislar sobre a nossa matéria, passamos a verificar, dentro da perspectiva do Estado brasileiro e da atual disposição do ordenamento jurídico, como as fontes materiais podem e devem contribuir para a melhor aplicação dos dispositivos formais. É dizer: neste novo ordenamento jurídico, comprometido com um projeto de superação positivista e com a

efetividade do texto constitucional, qual deve ser o papel da jurisprudência, da súmula e dos princípios gerais do Direito? Como essas fontes processuais podem melhor contribuir com o exercício da função jurisdicional? Vejamos.

No imaginário da dogmática,[19] vigora a presunção quase absoluta de completude do sistema jurídico, que em caráter dinâmico e frequente se revela capaz de entregar sempre uma resposta ao jurisdicionado. Essa autorreferência, que encontra resposta para as aparentes antinomias e os hiatos legislativos no próprio sistema, embasou a tese da inexistência de lacunas jurídicas e colimou o princípio da vedação ao *non liquet*, consagrando no art. 140 do CPC, que: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico".

Percebe-se então, com razoável evidência, que o sistema brasileiro é formalmente cerrado e que, dentro dessa perspectiva imperiosa de entregar sempre uma resposta, se apresenta a atividade hermenêutica. Com linhas mais simples, pode-se afirmar que a pretensão de completude do sistema brasileiro irá sempre reclamar respostas de seu aplicador, ainda que por meio de um exercício tautológico.[20]

Sob esta perspectiva, os princípios gerais do Direito se apresentam como instrumentos para o fechamento do ordenamento jurídico, autorizando juízes a empregá-los sempre que não se puder identificar uma resposta previamente estabelecida pela atividade legislativa. Observe-se, para tanto, a redação empregada pelo art. 4º da "recente" LINDB: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

De imediato, registre-se, em razão da oportunidade, que esses princípios não se identificam com os princípios constitucionais, vez que isto representaria total inversão da hierarquia jurídica. De fato, não se pode defender a tese de que somente na ausência da lei, dos costumes e da jurisprudência, os citados princípios teriam seu emprego legitimado pelo intérprete. Ao revés, as orientações constitucionais, se forem constitucionais, virão sempre em primeiro lugar e jamais em caráter subsidiário. Essa referência aos princípios gerais, portanto, longe de indicar os mandamentos sociais da

Magna Carta, em verdade apresenta velhos axiomas do Direito romano: *dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar a ninguém.*

Essa estrutura de raciocínio, concebida legalmente no Brasil pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil e reproduzida agora sob a égide da LINDB, traduz um ideal de há muito superado pela hermenêutica filosófica, com repercussões diretas para a ciência jurídica. Dito de outro modo: ao empregar princípios gerais do Direito para autorizar discricionariedades, estamos ainda e mais uma vez apostando na consciência do sujeito pensante em si mesmo, que de acordo com as suas convicções pessoais poderá complementar o sistema jurídico, assegurando assim o fechamento do sistema e a correlata entrega de uma decisão, sem antes se perguntar se esta mesma decisão foi fruto de uma participação democrática e adequada ao texto constitucional.

Não se pode então, nesta quadra da história, reproduzir referenciais teóricos incompatíveis com o projeto de sociedade apresentado na carta social, vez que ela é o norte e o horizonte de sentidos a serem vividos pela interpretação.[21] Com efeito, esses dispositivos, de franca inclinação positivista, não mais se sustentam no tempo da hermenêutica constitucional, pois a proposta do Estado Democrático, ao que se quer aqui demonstrar, está a nos indicar a incompatibilidade de se delegar ao aplicador o complemento da omissão legislativa por meio de axiomas, costumes ou analogias (não se sabe quais).

Sob esta perspectiva, assumimos, ainda que em posição minoritária,[22] a defesa pela não receptividade dos princípios gerais do Direito, vez que sua aplicação é feita em flagrante desatenção para com a evolução histórica do pensamento moderno.

2.1.1 Jurisprudência

A jurisprudência se caracteriza como o resultado de decisões reiteradas pela prática judiciária e por muitos anos serviu apenas e tão somente como fonte explicativa para uma suposta e adequada aplicação do Direito.

O Código de Processo Civil, por sua vez, determina em seu art. 926 que os tribunais promovam esforços para sua uniformização e a mantenham íntegra, estável e coerente. Desta forma, o entendimento judicial vai consolidando um horizonte mais seguro para o jurisdicionado, que passa a identificar um padrão de resposta para as demandas judiciais. Essa determinação normativa, advirta-se, sofre clara influência dos vetores hermenêuticos constitucionais e estabelece, por essa razão, que a edição de enunciados de súmulas siga a orientação dominante do tribunal.

Pode-se mesmo afirmar, no cenário atual, que a jurisprudência, em diversos aspectos se torna uma condição de aplicabilidade do procedimento, pois gradativamente, essa compreensão reiterada pelas cortes: delimita termos vagos, atualiza conceitos jurídicos e viabiliza o diálogo de termos abertos com faticidade. Note, por exemplo, que a proteção patrimonial do bem de família se afirma pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo necessário acompanhá-la para identificar seus limites semânticos e com ela, as condições para um possível enquadramento fático do caso concreto.

2.1.2 Doutrina

A doutrina se apresenta como o conjunto de lições decorrentes dos jurisconsultos, sendo de suma importância para a formação jurídica dos operadores em toda a sua vida acadêmica e profissional. De fato, não se pode olvidar que antes mesmo de a referência legislativa se fazer presente no cotidiano do jurista, o conhecimento já se constitui pelos livros propedêuticos. Destarte, mesmo quando formados e em franco exercício da profissão, a doutrina se presta a esclarecer, indicar, suprir e fortalecer as argumentações e fundamentos deduzidos em juízo. Desconsiderar a experiência e as lições de quem pelo texto se propõe a educar, ao que nos parece, é menosprezar a importância do outro na formação intelectual do indivíduo, e isto não se faz sem absoluto prejuízo da própria formação humana e intelectual.

Diante do novo sistema processual, que agora se apresenta em fina sintonia com a Constituição, a doutrina terá de enfrentar o desafio de propor respostas às perguntas que a vida for apresentando aos 1.072 artigos da codificação, afinal, nenhuma lei no mundo pode contemplar o universo de possibilidades fáticas que o cotidiano apresenta ao Judiciário. Por esta razão, a companhia dos livros torna-se condição para que possamos efetivar as normas processuais.

2.1.3 Súmulas

Enquanto fontes materiais e, portanto, não obrigatórias, as súmulas são representadas por enunciados proferidos por tribunais para ratificar um padrão de interpretação do Direito. Com elas é possível, em tese, evocar certo grau de coerência sobre as decisões judiciais, de sorte que casos semelhantes sigam a mesma orientação e, por consequência disto, apresentem respostas similares.

As súmulas vinculantes são verbetes proferidos pelo *quorum* de dois terços dos Ministros do STF, em acordo com o procedimento estabelecido no art. 103-A e seguintes da Constituição. Seu efeito decorre da publicação e se presta a incidir sobre casos futuros, gerais e abstratos; sua finalidade é evidenciar a validade, interpretação e eficácia de normas específicas sobre as quais haja controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e os órgãos da administração pública.

É certo que o efeito vinculante da súmula aprovada pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, em decorrência de votação qualificada, pode imprimir uniformidade às decisões dos tribunais inferiores, ressaltando com isto o ideal da segurança jurídica para o jurisdicionado. Trata-se, portanto, de fonte formal do direito processual.

Assim,

> o efeito vinculante, ao implicar que as cortes inferiores julguem de conformidade com o que foi decidido pelas

> cortes superiores, coarcta a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes, garantindo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais e reforçando, diuturnamente, o princípio da igualdade, direito fundamental da pessoa humana e condição *sine qua non* de qualquer teoria pública de justiça.[23]

Sem prejuízo dessas considerações, devemos observar o fato de que a súmula vinculante não se correlaciona diretamente com o caso que a justificou, tampouco impõe sua obediência jurídica em razão de densa e segura fundamentação, cumprindo dessa forma as determinações constitucionais de coerência e integridade. Ao revés, sua vinculação decorre da publicação, e não do entendimento sedimentado e seguro da tradição jurídico-constitucional. Não é, pois, necessariamente, o resultado de amadurecimento histórico, nem atrela sua incidência em casos futuros ao fato originário que lhe garantiu aprovação.

Sobre a necessidade de contextualização para a correlata incidência do enunciado ao caso concreto, o CPC/2015 estabelece em seu art. 489, § 1º, que qualquer decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não estará fundamentada se limitar-se à invocação do enunciado da súmula ou do precedente judicial, sem antes identificar seus fundamentos determinantes e, com isso, demonstrar o ajuste entre a peculiaridade do caso e a razão de incidência do verbete ou precedente. Contempla o novo Código, portanto, lição hermenêutica fundamental para a atualização do Direito brasileiro.

A regulamentação atual, prevista pelo art. 103-A, § 3º da CF estabelece que: “Do ato administrativo ou judicial que contraria a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Para esta hipótese, registre-se, não se aplicam a revisão de instâncias recursais nem o

sistema difuso de controle de constitucionalidade. A decisão reclamada não passa por tribunais superiores, pois é diretamente avaliada pela Suprema Corte.

Diante disto, perguntamos: havendo súmula vinculante que suposta ou flagrantemente afronte a Constituição, deverá o juiz aplicá-la inadvertidamente, sem a possibilidade de exercer controle difuso? Sendo assim, a súmula vinculante tem força normativa maior que as regras aprovadas democraticamente pelo Congresso Nacional.

Trata-se, em verdade, de um paradoxo do nosso sistema jurídico, pois os juízes, em função do controle difuso e da independência funcional, podem deixar de aplicar leis ou mesmo contrariá-las. O combate de possíveis erros na interpretação e aplicação do Direito, nesses casos, se faz pelo sistema recursal, a exigir prazo e fundamentação. “O que os juízes não podem fazer é contrariar súmulas. Neste caso, conforme a EC 45, não caberá recurso, e sim reclamação... Ou seja, em terrae brasilis a lei não vincula; a súmula sim, mesmo que seja ilegal/inconstitucional!”.[24]

2.1.4 Precedente judicial

A doutrina dos precedentes se afirma no final do século XVII e decorre de evolução histórica do *common law* que nesta quadra do desenvolvimento filosófico sofre influência direta das ciências naturais. É dizer: o franco aprimoramento de ciências como a Física, a Química e a Biologia, em muito se fez pela adoção de princípios construídos na repetição e constatação dos membros da comunidade. Essa alteração na forma de conceber e afirmar premissas científicas alcança o Direito pelos precedentes, imprimindo, peculiarmente ao sistema inglês, a consolidação de um procedimento de análise e síntese decorrente da prática jurídica.

Sua formação decorreu do estudo de decisões anteriores, a fim de identificar uma referência de aplicação em casos semelhantes. Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a formação do sistema pautado nos costumes se deu muito mais pela razão prática do que

por lições acadêmicas,[25] e isso nos permite identificar certa valorização do histórico judicial.

Essa valorização dos costumes e da prática judiciária se caracteriza como fenômeno sociocultural, e permite que num momento posterior estudiosos possam elaborar uma teoria capaz de absorver e justificar o fato de a tradição jurídica, nesse contexto, ser fonte obrigatória do Direito. Em uma frase: a vida precede a teoria.

O contexto histórico dessa comunidade, em certa medida, evidencia os motivos desse legado que, para além de entregar segurança jurídica aos jurisdicionados, valorizando a experiência de interpretação e aplicação do Direito pelos julgados anteriores, fortalece o Poder Judiciário, em detrimento da interpretação e aplicação decorrente do monarca, para benefício de diversos setores sociais.

Sobre o tema, Streck vai dizer que:

> Graças à atuação de juristas, como Edward Coke, John Selden e Mathew Hale, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do *common law* inglês. Eles asseveravam que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram as premissas teóricas para a fundação da *historical jurisprudence* que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista.[26]

Essa doutrina se afirma, portanto, como fonte imediata do Direito, conjuntamente com a legislação e o juízo de equidade. Em termos práticos, significa dizer que o precedente passa a ser observado pelos tribunais no julgamento de casos semelhantes, com potencial para imprimir coerência ao sistema jurídico.

No século XIX, o desenvolvimento desse sistema apresenta o s*tare decisis,*[27] estabelecendo, com isso, parâmetros mais claros de aplicação e os limites objetivos de sua vinculação. Assim, a multiplicidade das decisões judiciais não se afirmaria vinculante pela infinidade de resultados da interpretação, mas por meio de um

procedimento dialógico, em que a correlação do precedente com o caso considera os motivos da incidência e a fundamentação utilizada, na produção do resultado.

Identificar essa estrutura do precedente é uma tarefa complexa e elementar, para que possamos perceber o que exatamente se tona vinculante no pronunciamento judicial e por essa razão, a seguir, estudaremos as diferenças entre a *ratio decidendi* e o *obter dictum*.

Começando pelas lições de Eugene Wambaugh, podemos concluir que a *ratio decidendi* é uma proposição jurídica, relacionada ao caso julgado pela ideia de que sua presença é uma condição de possibilidade para a produção do resultado. Para comprovar isso, o autor propôs um conhecido teste de inversão. Assim, se a inversão da proposição jurídica não alterasse o resultado, ela não seria a *ratio decidendi.*[28] É dizer: se invertemos a regra utilizada para a decisão, ela não permanece.

A fragilidade dessa teoria reside no fato de que a decisão pode ter fundamentos diferentes e com eles produzir um mesmo resultado. Veja, por exemplo, que em muitas ocasiões a unanimidade de julgamentos colegiados não significa que em todos os votos tivemos identidade de fundamentos jurídicos para conduzi-los a um lugar comum. Portanto, se invertêssemos o sentido de uma proposição, isoladamente, nessa perspectiva, não teríamos uma alteração no resultado, o que descredenciaria, numa sequência lógica, todas as fundamentações.

Uma segunda possibilidade de sistematização se deu pelo método de Goodhart, para quem a *ratio decidendi* é determinada, diante da análise do caco concreto, pela relação dos fatos materiais considerados fundamentais pelo magistrado, com a sua respectiva a decisão[29]. Aqui, deslocamos o eixo do precedente de uma perspectiva normativa, que agora considera a relação entre os elementos fáticos e a própria decisão, na delimitação do que se torna vinculante,

É certo que a singularidade descrita pelo caso concreto não se repete, evocado consigo uma identidade muito mais restrita para a vinculação, que a proposta anterior, pautada pelas proposições jurídicas aplicadas, mas, de outro lado, submetemos essa mesma

faticidade ao juízo discricionário e por vezes arbitrário que no final, estabelecerá, dentre os fatos apresentados, quais deles serão fundamentais para relacionar-se com a decisão.

A identificação da *ratio decidendi,* com bem observa Marinoni, sempre gravitou em torno da identificação dos fatos e as razões que fundamentam a conclusão. Entretanto, no Direito Brasileiro, este renomado professor da Universidade Federal do Paraná propõe uma concepção distinta para o tema, pois considera que a força vinculante dos precedentes não decorre necessariamente da decisão, mas sim das razões determinantes de questões jurídicas previamente debatidas no processo. As questões de ordem fática, por sua vez, não são ignoradas, mas aqui servem como norte interpretativo do precedente, na medida em que revelam as circunstâncias de origem da discussão sobre tema[30]. Trata-se de leitura fundamental, recomendada a todos que hoje se dedicam ao estudo do Direito.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é a argumentação, implícita ou explícita, necessária ou suficiente para decidir o caso concreto [31]. Sua identificação é feita pela análise da fundamentação e essa tarefa poderá variar, em grau de dificuldade, pela complexidade do caso, pela diversidade de fundamentos utilizados nos votos dos membros do colegiado ou mesmo pela qualidade da argumentação deduzida no debate. Neste procedimento, advirta-se, temos o dever constitucional de observar a tradição jurídica que no espaço público, gradativamente estabelece nortes hermenêuticos para a interpretação e por essa razão, nem todo argumento evocado na votação, embora determinante para o resultado, é válido para gozar de força vinculante em casos futuros. Dito com linhas mais simples: respostas constitucionalmente incorretas em suas fundamentações não servem para forjar padrões decisórios e essa leitura deve ser feita tanto na entrega da primeira decisão, quanto em futuras aplicações e por esta razão, os fatos evocados no primeiro debate serão sempre revisitados para orientar futuras aplicações.

O *obter dictum,* por sua vez, consiste no complexo articulado de argumentos e assertivas presentes na motivação apenas

secundariamente. Apresenta-se como interpretação ou argumentação, expressamente contemplada pela fundamentação, mas sem influência relevante para a solução do litígio. Não é, pois, determinante, ou não possui qualquer efeito vinculante.

Sob essa perspectiva, podemos concluir que o precedente é uma decisão proferida com aptidão para servir de norte hermenêutico a futuras decisões. Sua aptidão para reproduzir-se em outros casos análogos não se faz de imediato nem lhe é condição intrínseca, pois somente a aplicação do Direito no caso concreto poderá evidenciar sua condição de precedente. Não há, pois, qualquer diferença estrutural entre o precedente e uma decisão isolada ou inédita. “Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicattio*”.[32]

Visto o conceito, as características e as espécies, devemos compreender que esse conjunto articulado se dispõe em favor da jurisdição e que o exercício dessa função não pode se olvidar das diretrizes constitucionais, pelo contrário, deve ater-se à orientação segura e garantista do pergaminho democrático, respeitando seus princípios e, sobretudo, contribuindo para a afirmação concreta dos direitos fundamentais.

Ainda não temos uma cultura de precedentes no país. O Código de Processo Civil estabelece, entretanto, uma série de pronunciamentos judiciais obrigatórios, pela redação do art. 927, a fim de que algumas interpretações judiciais gozem de efeito vinculante e com isso sirvam de referência para futuras decisões. São elas: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

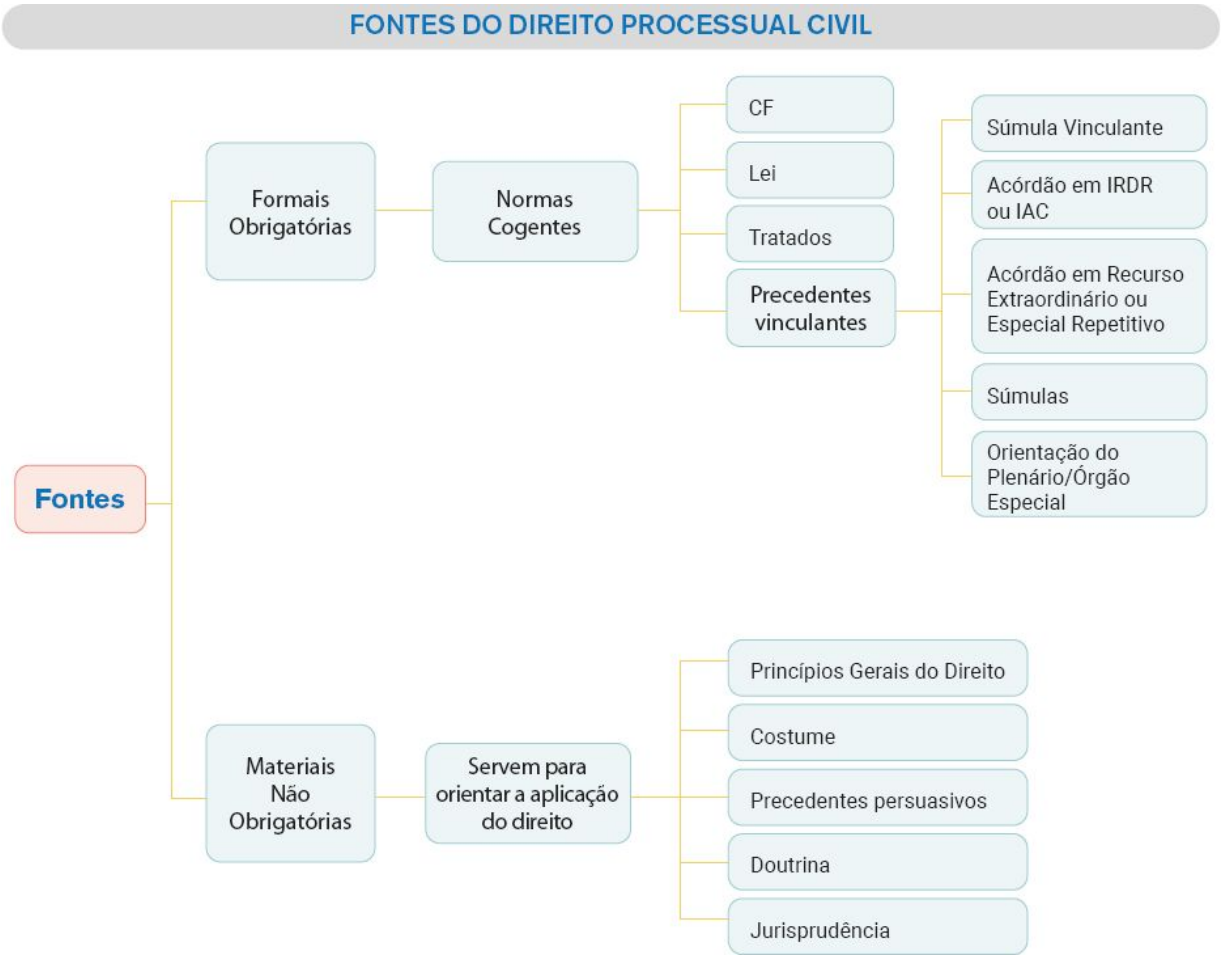
O estudo do tema implica releituras, pois a percepção do precedente como fonte obrigatória altera sensivelmente as lições da

Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo. Em muitos casos, por exemplo, passamos da persuasão à vinculação.

Ao tempo em que desenvolvemos aportes doutrinários para a melhor compreensão da matéria, em termos práticos já é possível perceber que a previsibilidade e a segurança jurídica decorrentes da vinculação, dialogam com a própria isonomia material, com a liberdade do jurisdicionado para planejar e conduzir sua vida e com a própria ideia de respostas institucionais corretas, no Direito.

ATENÇÃO

Em decorrência de sua força vinculante, os pronunciamentos judiciais obrigatórios, ou precedentes, como vêm sendo chamados por parte da doutrina nacional, são fontes formais do direito processual civil.



2.1.5 Norma jurídica: regras e princípios

O conceito de norma é extremamente relevante para a compreensão do Direito e sua delimitação é uma condição de possibilidade para a aplicação das diretrizes constitucionais, afinal, as premissas hermenêuticas estabelecidas em torno de regras e princípios viabilizam o funcionamento do sistema jurídico e a entrega da resposta judicial.

Seguindo a proposta didática desse curso, apresentaremos três conhecidas versões de norma jurídica, pautadas em Hart, Alexy e Dworking. Com isso, buscamos evidenciar as relevantíssimas contribuições da academia para o Direito, a tempo em que destacaremos eventuais incompatibilidades dessas propostas com o nosso modelo atual de Estado Constitucional.

Em Hart, o positivismo prioriza o estudo das regras, reconhecendo para elas dois tipos lógicos diferentes: regras primárias e regras secundárias. As regras primárias concedem direitos ou impõe obrigações aos membros da comunidade, enquanto as regras secundárias, por sua vez, determinam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, modificadas ou superadas. Uma regra que concede benefícios processuais se enquadra na primeira categoria, enquanto as regras que determinam a composição do congresso e disciplinam o processo de criação das leis, se afirmam como secundárias.

Sob essas premissas, as regras se tornam obrigatórias por duas vias: (1) decorrem de práticas aplicadas pela comunidade que em decorrência disso servem como padrões de conduta ou (2) tornam-se obrigatórias após a promulgação, por terem respeitado as regras secundárias que previamente identificaram os critérios de sua produção e vinculação. Em síntese: as regras podem ser obrigatórias por aceitação da comunidade ou pelo respeito às regras secundárias. Entretanto, se a obrigatoriedade decorre desta segunda hipótese, consideraremos essa regra válida e por essa mesma ideia de regras secundárias como um conjunto articulado para disciplinar sua formação, das regras primárias, nasce a ideia de Direito. Perceba que para isso, as instituições, autorizadas por regras secundárias, operam no plano dos padrões constitucionais, previamente aceitos pela própria comunidade.

Toda essa articulação positivista, advirta-se, é pensada para operar com regras jurídicas, já que para casos agudos, de maior complexidade, quer seja pela identidade da demanda ou pela falta de previsão específica, é frequente o emprego de termos vagos, revestidos de princípios ou políticas, para a solução do caso concreto, que aqui servem como padrões extrajurídicos, escolhidos livremente pelo julgador para a solução da demanda. Exatamente neste ponto reside uma incompatibilidade flagrante entre o positivismo de Hart com a produção democrática do Direito, pois em sua proposta, a subjetividade assujeitadora do intérprete para os chamados hard cases compromete a resposta judicial que no atual panorama constitucional, não admite conclusões solipsistas. Por

tanto, sem desmerecer a grandeza desse marco teórico, é necessário identificar alternativas mais adequadas ao nosso sistema jurídico.

Em Robert Alexy, norma jurídica é gênero que apresenta duas espécies: regras e princípios. As regras apresentam uma estrutura de dever-ser mais restrita, regulando com maior objetividade as situações fáticas que a vida coloca sob a apreciação judicial. Sua aplicação demanda a conhecida técnica da subsunção, o que de certa forma restringe a atividade hermenêutica, em função de apresentar, para o intérprete, textos mais concretos. Muitas são as regras processuais, tais como as disposições de prazo para a interposição de recursos ou a exigência de que uma inicial apresente, objetivamente, o pedido e sua fundamentação.

O emprego das regras é essencial para estruturar o rito processual e permanece como referência para o exercício da jurisdição. É certo que, por meio da racionalidade, conseguimos efetivar muitas diretrizes constitucionais, mas um modelo exclusivo de regras é insuficiente para retomar o diálogo com a identidade da causa que, ao contrário da uniformidade, reclama do Legislativo instrumentos adequados à especificidade do direito material.

Perceba-se, por exemplo, que não podemos dispensar o mesmo tratamento processual àquele que pleiteia alimentos para sobreviver e a outro que, sem deduzir qualquer situação de urgência, pede indenização por dano moral, sem com isso desrespeitar a diretriz constitucional da isonomia material.

Assim como as regras, os princípios são espécies de norma e, como tal, são dotados de exigibilidade e podem embasar decisões judiciais. Sua delimitação conceitual, entretanto, apresenta sensível variação na doutrina nacional e, por essa razão, identificaremos duas propostas.

Com Robert Alexy, podemos afirmar que:

> Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

> Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.[33]

Sob essa ótica, pode-se concluir que os princípios apresentam certa indeterminação semântica, o que evidentemente amplia o campo de atuação da atividade hermenêutica e consequentemente respalda conclusões pautadas em visões individuais de mundo, nem sempre compatíveis com a Constituição. Veja-se, por exemplo, que o prazo para a interposição de uma apelação, previamente estabelecido em 15 dias, por uma regra processual, vai gerar menos diversidade que uma decisão judicial, pautada pelo princípio da efetividade, razoabilidade ou adequação, e isso por uma razão aparente: mantida a referência positivista e sua aposta na discricionariedade, vamos conviver, inexoravelmente, com resultados contraditórios, vez que cada intérprete tem sua própria consciência e, por ela, afirmaremos juízos muito pessoais acerca dos princípios processuais. Afinal, temos todos uma particular visão do que é justo, coerente, adequado ou proporcional. Veja-se, por exemplo, a conclusão de Ana Paula de Barcelos e do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem as cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem, inexoravelmente, a subjetividade do intérprete.[34]

Para essa primeira teoria, os casos difíceis, assim compreendidos os casos não regulados previamente pelas regras, são resolvidos pelo emprego de princípios, que por sua baixa densidade semântica permitem, ao intérprete, diante do caso concreto, valer-se da conhecida técnica da ponderação dos interesses, com o intuito de determinar, individualmente, a resposta ao caso concreto. Veja, por exemplo, o que acontece quando a demanda pela resposta judicial envolve, de um lado, a liberdade de informação e, de outro, a intimidade do réu. A ausência de respostas específicas e já traçadas pelo Direito permite que o

intérprete utilize a ponderação e ao final, subjetivamente, demonstre qual delas servirá como norma para fundamentar a decisão.

Sobre o tema, Robert Alexy vai dizer que:

> As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que houve é que um dos princípios tem precedência sobre o outro em determinadas condições. Sobre outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.[35]

O entrave dessa equação, acredita-se, reside no fato de que percepções individuais de mundo, mesmo quando evocadas em favor da justiça, podem contrariar o texto constitucional e, com isso, valores morais pessoais podem se sobrepor à ordem democrática, em que sentidos são construídos e partilhados no espaço público.

Sendo assim, o caso concreto, resgatado pelas mãos dos princípios para dentro do ordenamento jurídico, ao final, servirá de álibi para ratificar subjetividades. Nesse sentido Streck destaca que:

> (...) a alusão ao “caso concreto” transformou-se em álibi teórico, a partir do qual se pode atribuir qualquer sentido ao texto e qualquer decisão pode ser produzida. Nesse rol, podem ser elencadas as diversas posturas positivistas, que, de um modo ou de outro, trabalham com a possibilidade de múltiplas respostas, ou transferindo o problema da interpretação do direito para os conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica (pautas gerais, súmulas, verbetes jurisprudenciais) ou deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa de “descobrir os valores ocultos do texto”.[36]

Dito com linhas mais simples, para exemplificar o tema: acima de qualquer percepção pessoal sobre o conceito de família, essa referência pessoal não pode se sobrepor àquela outra, mais ampla, gradativamente construída pela sociedade, que hoje abraça um sentido mais amplo, e inclui, dentre outras possibilidades, a família resultante de uniões homoafetivas. Com isso, supera-se a discricionariedade, aqui mencionada como traço característico do positivismo jurídico, para considerar, por uma segunda vertente, um sentido mais seguro e democrático, atribuído aos princípios por nossa tradição jurídica.

Em Dworkin, identificamos uma terceira corrente filosófica sobre o tema. Nela, teremos: regras, princípios e diretrizes políticas. (1) As regras são aplicáveis pela lógica do tudo ou nada, preservando a segurança e a previsibilidade para os assim chamados casos fáceis, onde a construção legislativa antecipa o resultado. (2) Os princípios são concebidos pela identificação de padrões morais de comportamento, democraticamente institucionalizados no sistema jurídico. O critério utilizado para diferenciá-los das regras, nesse caso, se apresenta por uma dimensão de peso ou profundidade. Trata-se, em verdade, de uma perspectiva moral, que contribui para a superação do positivismo jurídico e sua aposta na discricionariedade, por não dispensar a aplicação das normas à subjetividade assujeitadora do intérprete. Perceba que nessa perspectiva, os casos difíceis que em Hart e Alexy, autorizam a discricionariedade judicial, aqui são resolvidos por padrões institucionais, construídos a partir dos Direitos Fundamentais que no espaço público, estabelecem, ao lado das regras e das diretrizes políticas, uma resposta correta no Direito, para além da subjetividade assujeitadora do intérprete. Nesta perspectiva, por exemplo, o sentido do que institucionalmente consideramos adequado, razoável, proporcional ou mesmo a conotação atual do princípio do contraditório, não se alcança pela subjetividade assujeitadora do intérprete mas antes e acima dele, no padrão ético estabelecido pela comunidade. (3) As diretrizes políticas, por fim, traduzem padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado,

em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade[37].

Comparando-se os autores citados, sobre o conceito de norma, podemos concluir que diferente do conceito padrão, apresentado pelo positivismo, que previamente estabelece numa estrutura lógico-sistemática o conceito de regras e princípios sem antes dialogar com a faticidade, (note que para Alexy a diferença entre regras e princípios é semântica), em Dworkin, o próprio Direito se torna um conceito interpretativo.

Longe das concepções solipsistas, o conceito de norma agora se afirma como resultado hermenêutico, previamente delimitado pelos Direitos Fundamentais que gradativamente estabelece, no espaço público, os limites e as possibilidades da interpretação e é por essa via que vamos construído respostas institucionais, com respeito à coerência, à integridade e a estabilidade.

Observe, por exemplo, que nesta proposta pós-positivista, decisões que não reconheçam como união estável as uniões homoafetivas, deixam de traduzir uma resposta institucional, pois nossa sociedade já alterou as concepções de família, diversificando e ampliando seus sentidos para contemplar a multiplicidade da formação. Perceba que com essa atualização social mesmo a falta de regras específicas para o caso não autorizaria retrocessos pois agora, nos casos difíceis não há liberdade para julgar de acordo com a consciência do intérprete, pois ao invés de buscarmos a resposta numa moral-individual, observaremos uma resposta institucional, consagrada no espaço público por meio da tradição jurídica que gradativamente se firma num exercício dialético e que hoje serve para identificarmos respostas constitucionalmente corretas para o caso concreto. Uma resposta correta, advirta-se, não é a única resposta, mas sim aquela que respeita e observa nosso histórico institucional na entrega do resultado hermenêutico. Com isso, asseguramos acima de qualquer convicção individual de mundo, a produção democrática do Direito que nesta linha, repita-se, torna-se um conceito interpretativo sem com isso albergar posturas arbitrárias ou percepções individuais de mundo.

No sentido do texto, Streck vai dizer que:

> A presença dos princípios na resolução dos assim denominados “casos difíceis” – embora a evidente inadequação da distinção entre *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. A existência de princípios não propicia o “direito de o juiz escolher qual deles quer aplicar”, com ou sem o artifício da “ponderação”. É através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos discursos *fundacionais* acerca da interpretação jurídica – que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação).[38]

Demonstrada a insuficiência do modelo de regras e a relação dos princípios com a construção de respostas corretas e a superação da discricionariedade positivista, seguiremos com a proposta de que norma é gênero, com duas espécies: regras e princípios, pois essa é a conclusão de quase toda a doutrina nacional. Ressalva-se, entretanto, que a compreensão, interpretação e aplicação dos princípios, seguirá pela perspectiva de Streck e Dworkin.

2.1.6 Aplicação das normas processuais

Sem desconsiderar o emprego da norma como gênero, do qual decorrem regras e princípios, uma primeira aposta metodológica nos permite empregá-la com outro significado: o resultado de um processo hermenêutico, seja ele decorrente de um texto expresso ou de uma diretriz implícita, como o princípio do duplo grau de jurisdição que, mesmo consagrado na dinâmica processual, não foi escrito no texto constitucional.

O sentido pode ainda ser extraído da conjugação de vários enunciados, a exemplo do que acontece com as normas referentes à proteção familiar, pois sua indeterminação conceitual fará com que

o intérprete tenha que conjugar em diversas fontes – dentre elas o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal – a delimitação semântica para a família, em determinado caso posto sob apreciação judicial.[39]

Uma segunda classificação metodológica, que imputa ao Estado a responsabilidade para a elaboração de normas jurídicas com o propósito de regular a vida em sociedade, compreende a norma em função do seu objeto, classificando-as em formais ou substanciais. As normas substanciais se destinam a disciplinar, em caráter imediato, os conflitos de interesses decorrentes da vida em sociedade. Essas normas, em geral, encontram moradas nos diplomas materiais, como o Código Civil ou leis extravagantes. Sua elaboração é indispensável, vez que os bens dispostos à satisfação das necessidades humanas são finitos, sendo necessário, ao Estado, estabelecer as regras e os critérios para harmonizar as incontáveis vertentes dos direitos individuais e coletivos. Já as normas processuais, também relacionadas como normas instrumentais, apresentam-se para regulamentar a técnica, o procedimento e a participação dos sujeitos durante a relação processual.

Outra espécie de classificação, aceita pela doutrina e ventilada em alguns manuais, entende que a diferença entre normas se justifica não em razão do diploma normativo, pouco importando se a previsão se revela no Código Civil ou no Código processual, mas sim em função do seu campo de incidência. Assim, se determinado negócio jurídico apresenta um vício de vontade resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, determinando a lei material, em seu art. 171, sua possível anulação, o CPC deve dispor ao jurisdicionado os meios legais para obter a anulação prelecionada anteriormente pelo legislador.

As normas processuais, em respeito ao quanto estabelecido no art. 22, I, da CF, são elaboradas exclusivamente pela União, admitindo-se, no entanto, por força do art. 24 deste mesmo diploma, a competência concorrente entre União, Distrito Federal e Estados-membros para legislar subsidiariamente sobre a prática dos atos. Advirta-se, por oportuno, que essa competência não delega aos

Estados-membros a possibilidade para criar novos procedimentos, limitando-se apenas à regulamentação do procedimento, o que restringe o seu objeto a atos como o da citação e o do protocolo.

2.2 O TEMPO E O LUGAR DA NORMA PROCESSUAL

A dimensão territorial da norma processual se correlaciona diretamente com o princípio da territorialidade, e tem seus contornos definidos já no art. 1º do diploma dos ritos, pois estabelece que a jurisdição civil, contenciosa ou voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições estabelecidas no CPC. Isto, em verdade, é o reflexo processual do aspecto jurisdicional da territorialidade, que oportunamente assegura a possibilidade de se emprestar eficácia às decisões nacionais pelo emprego da soberania do Estado. Não por outro motivo, dispõe o art. 13 do CPC ser a jurisdição civil regida por normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas, previstas em acordos, tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.

Questão interessante é saber se, mesmo com a afirmação da soberania, poderia se admitir a aplicação de lei estrangeira diretamente pela autoridade brasileira. A resposta nos é entregue pela LINDB, que exemplifica em seu art. 10, § 1º, uma das possibilidades admitidas pelo ordenamento. Em absoluto, esse caso representa afronta aos valores constitucionais, pois a adoção de normas estrangeiras para a regulação da matéria sob apreciação judicial decorre de prévia autorização do legislador nacional.

No tocante à dimensão temporal, o ordenamento determina a aplicação imediata da nova lei processual aos atos e termos futuros, preservando-se, no entanto, os atos praticados sob a legislação revogada. Com linhas mais simples, poder-se-ia afirmar que às normas instrumentais não são atribuídos efeitos retroativos.[40] Sobre o tema, o CPC/2015 vai dispor, em seu art. 14 que: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos

processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

A incidência da norma processual teve sua orientação legal observada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça que, sem olvidar da segurança empregada pelos reclames constitucionais, ao manifestar-se no julgamento do Recurso Especial 1.076.080, afirmou a inexistência de direito adquirido ao procedimento.[41]

Não se pode encerrar este capítulo sem evidenciar a natureza subsidiária da norma processual civil que, na ausência de regulamentos específicos para as demais áreas procedimentais, como a trabalhista, a militar e a eleitoral, passa a atuar supletivamente. Essa circunstância não se altera pelo CPC/2015,[42] que justamente em função de sua atualidade deve nortear o complemento da legislação. Ademais, as normas estabelecidas nessa novel legislação representam uma virada democrática na estrutura do ordenamento brasileiro, pois a ocasião revela o primeiro Código de Processo concebido dentro do horizonte constitucional. Portanto, para além da atualização, agora teremos ritos constitucionais para a efetivação dos direitos fundamentais e a experiência prática das promessas de dignidade.

2.3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

A interpretação, nas clássicas palavras de Carlos Maximiliano,[43] é definida como o exercício de busca pelo esclarecimento do significado verdadeiro de uma expressão. Neste contexto, a atividade intelectual do hermeneuta seria capaz de extrair do texto ou de uma decisão tudo o que nela se contém. Interpretar a lei, portanto, remete o aplicador do Direito a uma busca pela verdadeira essência do Direito ou do texto normativo, de sorte a lhe identificar os valores consagrados pelo legislador. Dentre os diversos autores nacionais dispostos a defender esta tese, cita-se aqui, por todos, José Eduardo Soares de Melo,[44] para quem: “todo e qualquer

aplicador do Direito (magistrado, autoridade pública, particular, etc.) deve, sempre, descobrir o real sentido da regra jurídica, apreender o seu significado e extensão. Em outras palavras: a atividade de interpretação da lei tem por finalidade não só descobrir o que a lei quer dizer, mas ainda precisar em que casos a lei se aplica, e em quais, não". Em sentido contrário, defendendo a desnecessidade da interpretação nos casos em que o sentido do texto se revela em absoluta evidência, destaca-se a obra de Sílvio Rodrigues.[45]

Sob esta ótica, parcela considerável da doutrina nacional entende, ainda hoje, que os sentidos estão nas coisas, de sorte que o intérprete deve apenas revelar a sua essência e, por conseguinte, a real acepção semântica da lei. Na esteira desta corrente intelectual, o sujeito não tem ingerência na formação dos sentidos e deve apenas revelar o seu conteúdo, desvendar a sua essência universal. Por isto, ainda hoje, no âmbito da dogmática jurídica se ouve falar no originário sentido da lei e na verdade única e real do processo penal. Pelo mesmo motivo, as técnicas de interpretação são definidas como instrumentos necessários e eficientes para o alcance do sentido real da norma, revelando, assim, o conhecimento científico do Direito.

Esta concepção metafísica, longe de representar algum avanço para o campo da hermenêutica jurídica, de há muito fora superada pelo advento da modernidade, pois as ideias contratualistas de Thomas Hobbes e John Locke, ao tempo que apresentam uma concepção de Estado pactuada pela compreensão e anuência dos súditos, também fornecem o arcabouço intelectual para sustentar uma origem convencional do poder.

De fato, ao se atribuir novo papel à linguagem, a razão divina, que na Idade Média a tudo comandava, cede lugar à vontade do indivíduo. A essência das coisas não mais reside no objeto, agora repousa no pacto convencionado pelos homens com o objetivo de designar significados supostamente universais.[46] Tal concepção da linguagem como veículo condutor da comunicação entre os homens viabilizará a fundamentação de um contrato racional e convencional para a formação do Estado absolutista.

Sob esse enfoque, merece relevo o esclarecimento de Lenio Streck:

> Não se pode olvidar que o nominalismo de Hobbes e o conceitualismo de Locke são fundamentais para a questão política relacionada à *emergência das teses contratualistas acerca do Estado.* Observe-se que, “em Hobbes, a linguagem é o instrumento fundamental para a comunicação humana. O pacto para a formação do Estado exige uma compreensão e adesão, e isto é somente possível pela linguagem” (...) É a filosofia fornecendo o arcabouço teórico para a possibilidade de sustentar a origem convencional do Estado e do poder, possibilitando, assim, *romper com as teses metafísico-essencialistas vigorantes até o medievo*, que davam suporte ao poder até então.[47]

Com linhas mais simples: o sentido deixa de residir nas coisas e passa a ser fruto de uma convenção racional, alçando o sujeito a uma nova condição assujeitadora, na exata medida em que a noção das essências é substituída pelas ideias de compreensão e adesão na formação dos sentidos. Afirma-se, portanto, um novo papel para a hermenêutica que, para além de revelar o “real sentido” da lei, passa a lhe atribuir os contornos semânticos por intermédio da subjetividade.

Sob esta perspectiva subjetivista, a interpretação do processo, segundo as lições de Warat,[48] apresenta as seguintes remissões:

2.3.1 O método literal ou gramatical

O método de interpretação gramatical ou lógico-formal se apresenta como fase inicial e essencial do processo interpretativo, e considera preliminarmente o texto como referência para o alcance do “real” sentido da norma. No entanto, se de um lado, a interpretação não pode se esquivar do texto, também é fato que a compreensão deste mesmo texto sofrerá variações a depender da concepção de linguagem do intérprete. Assim, faz-se necessário

mensurar a palavra, densificar o seu sentido, para que então se possa apresentar uma resposta. Esta correlação entre texto e sentido pode ser facilmente constatada pela edição da Súmula 364 do STJ que, ao tratar da percepção de família para efeito de proteção patrimonial, estabelece, não apenas a concepção tradicional da entidade familiar, decorrente da união entre homem e mulher, mas contempla, em acordo com os ditames constitucionais da dignidade humana, um conceito mais amplo, de sorte a abarcar também o indivíduo. Nestes termos: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Ainda sobre este primeiro método de interpretação, oportuna é a crítica de Paulo de Barros Carvalho:

> O desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado da exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando arguir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legislativas, explicitando as proporções do significado da lei. O reconhecimento de tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrado nas faculdades, a um esforço inútil, sem expressão e sentido prático de existência.[49]

Com amparo nessas linhas, pode-se então demonstrar a necessidade do método literal, ao tempo que também se demonstra a sua insuficiência.

2.3.2 Método exegético (apelo ao espírito do legislador)

Sob um enfoque subjetivo, a interpretação deverá buscar não o significado do texto, mas sim a real vontade do legislador, de sorte a

elucidar a compreensão do pensamento originário e fundante da norma jurídica. Esta tese subjetivista, que ainda hoje sustenta uma valoração dogmática da lei, encontra, no Brasil, incontáveis adeptos, e se revela cotidianamente na prática dos operadores do Direito. Para identificá-los, basta observar nos manuais as referências e alusões “ao espírito do legislador”, à “vontade do legislador” ou mesmo “à vontade da lei”.

Em razão de sua presença constante na seara jurídica, convém, então, identificar quem seria esse legislador e quais seriam as suas características, já que por essa vertente, sua opinião se sobrepõe com autoridade. Pois bem, essa ficção jurídica apresenta para o hermeneuta, em verdade, uma entidade! Pois só assim poderia concentrar as prerrogativas de ser: *onisciente*, pois não se esquece de qualquer fato histórico que possa lhe comprometer a contextualização do texto; *coerente,* posto que pela teoria do ordenamento brasileiro, não há que se falar em contradições ou antinomias na lei; *permanente e único,* pois não desaparece com a passagem do tempo e por toda a imaginada eternidade estará a subjugar e comandar as interpretações. Com a devida vênia, tais características colocam nosso suposto legislador como verdadeira entidade jurídica, o que nos autoriza a perguntar: Pode alguém, sob os holofotes da modernidade, ainda emprestar crédito a essa ideia? Infelizmente, a resposta há de ser afirmativa, o que evidentemente contribui para uma representação imaginária sobre a formação do Direito e consagra, entre nós, como técnica, o que parece mesmo ser uma questão de fé.

2.3.3 Método histórico (apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade)

Esta terceira técnica de interpretação reclama o estudo cronológico da formação legislativa, considerando, para tanto, além das normas que regulam o mesmo instituto durante a vigência atual, os dispositivos anteriores, a fim de identificar, pela evolução histórica do instituto, parâmetros forjados pela tradição para o exercício da interpretação.

2.3.4 Método comparativo (a análise de outros sistemas jurídicos)

A análise de outros sistemas jurídicos, para fins de interpretação, permite à doutrina nacional utilizar as lições estrangeiras no processo hermenêutico de busca pelo real sentido da lei, não sendo incomum que nas mais variadas decisões e textos jurídicos, sejam feitas referências a autores e escritos estrangeiros. Por muitas vezes, essa mesma doutrina, estrangeira, serve de fundamento intelectual para a formação das teses nacionais, a exemplo do que se pode verificar com a absorção da teoria eclética da ação.

2.3.5 Método teleológico (interpretação a partir dos fins)

O método teleológico encontra sua referência legal na redação do art. 5º da LINDB, e impõe ao intérprete a necessidade de observar o bem comum e a finalidade social a ser alcançada pela norma. Este dever acaba por indicar os caminhos da atividade hermenêutica, pois ao se considerar a real possibilidade de termos mais de uma resposta, deverá o intérprete escolher o resultado que melhor atenda ao reclame da sociedade. Sobre este tema, assim se manifesta o CPC/2015: “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

2.3.6 Método lógico-sistemático

A concepção do método sistemático, em verdade, se revela como consequência lógica e natural da pretensão jurídica de autossuficiência, pois remete o intérprete a buscar no ordenamento jurídico, e apenas nele, as referências para atribuir, de forma supostamente lógica e sistemática, uma resposta que congregue o

texto em análise com o restante dos dispositivos pertinentes à matéria.

2.3.7 Há critérios hierárquicos de interpretação?

Feitas as devidas apresentações das técnicas dos positivistas, convém avaliar o resultado dessa atividade, a fim de identificar a correlação entre a escolha do método e a aplicação real e concreta do Direito; ao tempo que se busca demonstrar, por uma outra vertente, as consequências práticas da interpretação constitucional feita sobre influência dos vetores de coerência e integridade, na seara processual.

De início, registramos o fato de que a falta de critérios para ordenar o manejo das técnicas e da hermenêutica reflete, em certo grau, a manutenção do esquema positivista de percepção de mundo que, por meio da subjetividade assujeitadora do intérprete, frequentemente serve de espectro ou recurso para justificar convicções pessoais, entregando, assim, resultados arbitrários e inseguros aos jurisdicionados, chegando-se mesmo ao ponto de embasar votos dessa lavra, como o proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha decisão. (...) Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autoridade intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *e a doutrina que se amolde a ele (...) Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém.[50]

Com a devida vênia, ousamos discordar desse entendimento, pois ao contrário do que defende o respeitável Ministro, o Direito se projeta para muito além das convicções pessoais de qualquer intérprete, já que a “vontade” pessoal não goza da permissão constitucional para atribuir sentidos arbitrários aos textos jurídicos, e, ainda quando revestidos pela suposta autoridade intelectual dos tribunais, não pode se olvidar do contraditório e dos valores democráticos.

Destarte, se o Direito é decisão e esta se revela pelo emprego das técnicas de interpretação, a participação do jurisdicionado no processo decisório, em todas as suas etapas, se apresenta como elemento essencial para garantir o exercício da democracia no caso concreto.

É dizer: faz-se necessário garantir a participação do homem nesse processo de formação do sentido, pois a democracia, nas palavras de Calmon de Passos: “é mais que discurso, é compromisso, é permanente autodisciplina e exigência de respeito à dignidade própria e à dignidade do outro, principalmente do outro, porque no cuidar de nós mesmos somos todos por demais diligentes”.[51]

Certo é que o modelo de ordenamento pautado em regras já se faz superado mesmo antes da Segunda Grande Guerra, e sua insuficiência justificou a reintrodução do mundo prático e a retomada do diálogo com a moral. Esse contexto histórico nos explica, com algum grau de correção, o fato de os setores jurídicos processuais, constitucionais, penais, ambientais ou quaisquer outros, estarem hoje imersos em princípios e cláusulas gerais. Isto, no entanto, não entrega maior liberdade ao intérprete para atribuir sentidos aleatórios e arbitrários, mas sim para que a tradição constitucional possa ter o espaço necessário no cumprimento das promessas ainda hoje não vividas pela sociedade brasileira.

Se isto é verdade, a interpretação das normas processuais não pode ser refém de ideais positivistas de há muito superados pela moderna hermenêutica. Ao contrário, sua atualização é condição de possibilidade para legitimar, pelo processo, o exercício da jurisdição.

Sobre o papel da hermenêutica, diante dessa realidade contemporânea e das técnicas e procedimentos dispostos para a compreensão, Gadamer[52] vai dizer que:

> A tarefa da hermenêutica não é desenvolver um procedimento compreensivo, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Nem todas essas condições possuem o modo de ser de um “procedimento” ou de um método, de modo que quem compreende possa aplicá-las por si mesmo – essas condições têm que estar dadas. Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição enquanto tais.

A atualização da hermenêutica jurídica, portanto, deve observar a influência da tradição para a formação do horizonte de sentidos do intérprete. Em termos práticos, isso significa que a leitura constitucional do novo sistema processual, guiada pelos vetores da coerência e da integridade, torna-se condição de possibilidade para efetivar, por meio da jurisdição, a dignidade humana e o respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

[16] Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

[17] Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência.

[18] Para tanto, consulte-se GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

[19] Por todos, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

[20] O problema da lacuna passa a ser factível aos olhos do aplicador, a partir do século XIX, visto que nesse período registra-se o fenômeno da positivação do Direito e a consequente constatação de que não é possível identificar, antecipadamente, todas as situações postas à apreciação judicial.

[21] Sobre a inconstitucionalidade do art. 4º da LINDB, consulte-se a obra do Dr. Lenio Streck.

[22] Por todos, consulte-se: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

[23] SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

[24] STRECK, Lenio; ABBOUD, George. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129.

[25] Sobre o tema, Lenio Streck afirma que: “O Direito inglês não é um Direito de Universidades, nem um direito dogmático, consiste em um Direito de processualistas e práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, oriundo da fileira dos práticos, e não o professor de Universidade, até mesmo porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudava nas universidades, nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário” (STRECK, Lenio; ABBOUD, George. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 22).

[26] Idem, p. 41.

[27] Não é pacífico o entendimento desse desdobramento teórico, vez que alguns autores tratam dos precedentes e do s*tare decisis* como expressões sinônimas.

[28] WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*: a course of instruction. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 17.

[29] GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of case. *The Moderny Law Review*, v. 22, n. 2, march 1959. p. 117-124. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1959.tb02164.x p. Acesso em: 02 ago. 2022.

[30] MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 187-189.

[31] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004. p. 175.*

[32] STRECK, Lenio; ABBOUD, George. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44.

[33] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

[34] Cf. QUEIROZ, Cristiana. Direitos fundamentais sociais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 176.

[35] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

[36] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 377.

[37] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

[38] Idem.

[39] Sobre a delimitação conceitual do sentido jurídico de família, registra-se aqui, em razão da oportunidade, que a consagração da Súmula 364 do STJ, ao conferir proteção patrimonial ao bem de família, estabeleceu, por intermédio desse dispositivo, não apenas a acepção tradicional, decorrente da união entre homem e mulher, mas também o indivíduo. Nestes termos: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

[40] Sobre a incidência da norma processual nos atos complexos, como a audiência, assim preleciona Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Na hipótese dos chamados atos complexos, ou seja, aqueles que dependam da soma de diversos atos simples, é necessário assegurar a incidência da mesma norma a todos os atos ‘menores’ que, juntos, compõem o ato ‘maior’. Como exemplo, podemos citar a audiência de instrução e julgamento; imagine que o juiz inicia o ato, colhe os esclarecimentos do perito, facultando indagações aos assistentes técnicos (art. 452, I, do CPC). Em razão do adiantado da hora, suspende o ato e designa a continuação para a semana seguinte, oportunidade em que ouvirá as testemunhas arroladas pelas partes (art. 452, II). Nesse meio-tempo, surge nova Lei, alterando a ordem e a mecânica dos atos da audiência. Uma vez que o ato complexo se iniciou sob a vigência da primeira Lei, deve ser finalizado dessa forma, pois caso contrário haveria uma combinação de Leis, o que, inexoravelmente, levaria a aplicação involuntária de uma terceira, não prevista pelo legislador, bem como surpreenderia as partes e seus advogados que não haviam se preparado para aquela situação” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 41).

[41] Lei processual nova atinge execução de título judicial iniciada pelo rito antigo: Ainda que a execução do título judicial tenha iniciado antes de alteração na lei processual civil, tais mudanças são de aplicação imediata. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou decisão da Justiça paranaense e autorizou a intimação sobre uma penhora na

figura do advogado do executado, conforme alteração do Código de Processo Civil, feita pela Lei 11.232/2005. O caso em questão foi apreciado pela Terceira Turma. Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso, observou que o direito brasileiro não reconhece a existência de direito adquirido ao rito processual. “A lei nova aplica-se imediatamente ao processo em curso, no que diz respeito aos atos presentes e futuros”, afirmou a relatora. Assim, ao contrário do que entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), a execução de título judicial não está imune a mudanças procedimentais. Informação disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857513&num_registro=200801611073&data=20090306&formato=PDF>.

42 Sobre o tema, dispõe o art. 15 do CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 13, 315 e ss.

44 MELO, José Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 384 e ss.

45 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I, p. 28.

46 Idem.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133-134.

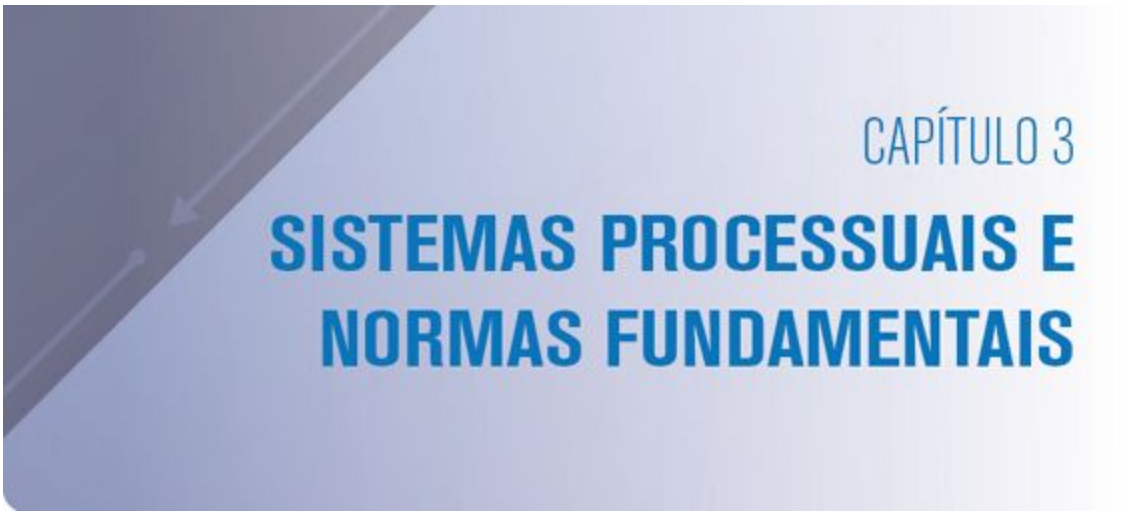
48 WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. I, p. 89.

49 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 56.

50 Voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP n. 279.889-AL, STJ.

51 PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 72.

52 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 391.



3.1 SISTEMA PROCESSUAL

O sistema processual representa um conjunto articulado de normas, necessário para o exercício da jurisdição. Todo esse sistema, em decorrência da integridade, deve viabilizar decisões compatíveis com nossa história institucional, e em função da coerência que se impõe sobre casos semelhantes, o exercício da jurisdição, ao final, deve retratar um exemplo de isonomia material.

Atento a essa mudança paradigmática, o CPC/2015, ao tempo que emprega ostensivamente o uso de princípios para adequar os procedimentos aos casos concretos, também exige do julgador que a fundamentação de suas decisões explicite claramente os motivos de incidência da norma e os contornos semânticos empregados na delimitação dos termos vagos, conceitos indeterminados e princípios.

ATENÇÃO

O art. 489, § 1º, afirma que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo,

sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)".

A exigência da fundamentação da decisão judicial se justifica, pois, defender a ampliação do horizonte hermenêutico pela introdução dos princípios sem o necessário constrangimento sobre o resultado dessa equação é apostar, indevida e tardiamente, na discricionariedade assujeitadora do homem, ratificando exatamente o que se quer superar pelo projeto jurídico democrático.[53]

Consequência disso para a interpretação do CPC: a baixa densidade semântica de alguns textos[54] não se presta a autorizar o emprego indiscriminado de qualquer significado, nem autoriza que decisões judiciais possam legitimar-se pela criação de normas desindexadas da realidade constitucional, em movimento já denunciado sob a rubrica do "pamprincipiologismo".[55]

Nesse novo direito processual, entendemos que a atualização da hermenêutica jurídica é fundamental para a efetivação das promessas constitucionais, que não podem soçobrar diante de convicções individuais, pois, para além do homem, existe um projeto pactuado de sociedade. É preciso, pois, respeitar o texto, ainda quando ele se revele contrário a projetos particulares de interpretação do Direito.

Assim, pode-se concluir que a compreensão do texto não é feita livremente, a partir da visão de mundo individual do intérprete, pois, ao se postar diante da lei, súmula, princípios ou qualquer outro dispositivo jurídico, há sempre um sentido anterior, prévio, que nos é antecipado pelo contexto histórico-cultural.

Para exemplificar, tratemos do seguinte caso: imagine um homem caminhando por um corredor, em busca da toalete mais próxima. A primeira porta vai lhe apresentar apenas a letra "M". Sob as condições de nossa linguagem e cultura, é natural que a tradição tenha influenciado você a preconceber que esse seja um sinal

indicativo do banheiro feminino, uma vez que o local reservado para o sexo masculino é hodiernamente indicado pela letra “H”. Ao final, percebe-se que a porta ao lado estampa a letra “W’, o que demonstra a utilização de outra cultura, nesse caso representado pela língua inglesa. Isso altera diretamente o sentido do texto, uma vez que nessas condições, homens e mulheres são identificados pela abreviação “m” e “w” (*man* e *woman*), respectivamente.

Com as mesmas pretensões didáticas e introdutórias, vez que a obra trata da seara processual, pode-se concluir que não nos apresentamos para a compreensão do texto sem juízos anteriores.

Assim, com Gadamer,[56] pode-se afirmar que:

> (...) o verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo processo objetivo histórico.

A influência da tradição para a composição do horizonte de sentidos alcançáveis pelo intérprete nos permite afirmar, ainda, que cada época deve compreender a seu modo o sentido transmitido. Essas lições podem facilmente ser identificadas pela evolução semântica da palavra família, que, sem a necessidade de reformas processuais ou emendas constitucionais, teve o seu sentido ampliado gradativamente pela tradição, deixando as referências primárias de casal e filhos para, em momento posterior, absorver, também como família, a entidade formada pela mãe e sua prole (família monoparental).

Há também, sob o enfoque processual, uma valorosa contribuição da tradição para a ampliação desse conceito em sede de execução, vez que para efeito de proteção patrimonial, considera-se família o indivíduo, se este só tiver um único bem. Veja-se para tanto o teor da Súmula 364 do STJ, v*erbis*: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel

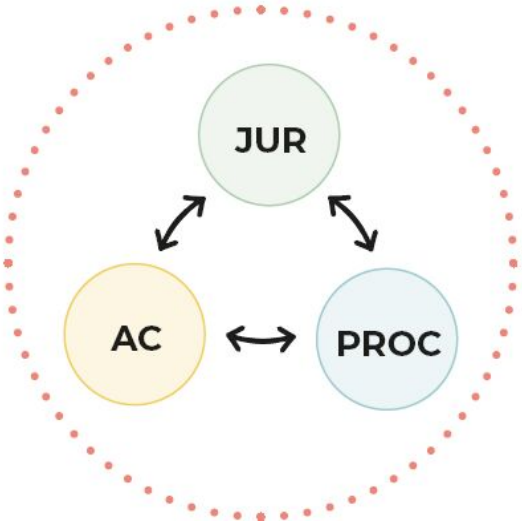
pertencente a pessoas solteiras, separadas[57] e viúvas". De fato, se a finalidade da lei é garantir o mínimo existencial para que a entidade familiar possa se perpetuar, e isto já se confere àquele que têm cônjuge e filhos, ainda mais urgente é entregar proteção para quem, pelas intempéries da vida, ainda não encontrou a companhia do outro e se apresenta já sem descendentes ou ascendentes. Nada mais justo.

No sentido do texto, Streck vai dizer que:

> O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é o que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilhar um primeiro projeto (...).[58]

Se a proposta mudou, se o ordenamento se tornou multifacetado, as técnicas empregadas pelo aplicador também devem evoluir, sobretudo para garantir a compatibilidade entre as finalidades do Estado e as possibilidades do ordenamento jurídico.

Em síntese, podemos concluir que o Estado Democrático de Direito, fundado na promoção da dignidade humana, propõe a afirmação da isonomia material, a reintrodução da faticidade e sua correlata preocupação com a peculiaridade do caso concreto. Para realizar essas promessas, o ordenamento jurídico passou a adotar termos de baixa densidade semântica, tais como a cláusula geral e os conceitos jurídicos indeterminados. Esta mudança na técnica legislativa, ao quanto aqui se quer afirmar, deve acompanhar a evolução hermenêutica para superar a filosofia subjetivista do século XVIII, que, ancorada no esquema sujeito-objeto, investe na discricionariedade, em detrimento, por vezes, da ordem constitucional.



3.2 O SISTEMA COOPERATIVO DE PROCESSO

Por tudo o quanto se disse acerca da coerência e da integridade, que neste curso servem de fio condutor para o estudo do modelo constitucional de processo, faremos, a seguir, o estudo do sistema processual cooperativo, no qual se estabelecem normas fundamentais, para a correta interpretação e aplicação do Código de Processo Civil. Trataremos, preliminarmente, das características do sistema processual para, em momento posterior, discorrer sobre suas diretrizes.

Considerando as lições da doutrina nacional, é possível identificar ao menos três grandes modelos de sistemas processuais, com notória influência na articulação de seus institutos fundamentais.[59] O primeiro deles é o sistema inquisitivo. Como característica predominante temos a concentração dos atos na magistratura, que detém quase que exclusivamente todos os poderes da instrução e condução do processo. Nesse cenário, o juiz é o único destinatário da prova e pode atuar livremente de ofício, sem uma adequada fundamentação de suas conclusões. Ainda hoje temos resquícios desse modelo, pois o CPC/2015 preserva os

poderes instrutórios do juiz, assegurando-lhe a produção de prova, sem provocação das partes.

Um segundo sistema, acusatório, vigorou pelo regime anterior, no CPC/1973. Nesse modelo, a dinâmica processual que antes gravitava em torno do judiciário agora se afirma por um novo desenho institucional que viabiliza um diálogo entre as partes e a magistratura. Aqui, temos uma relação processual que, mesmo desequilibrada, por entender o juiz como sujeito supremo e imparcial, pressupõe que as partes detenham algum poder para eventualmente alterar certas práticas processuais, como a eleição de uma cláusula de foro ou a suspensão do processo, uma única vez, por até seis meses. É certo que a mudança do sistema inquisitivo para o sistema acusatório trouxe conquistas para as partes sem, entretanto, retirar do judiciário o protagonismo na condução da dinâmica processual. Por essa razão, como características desse modelo, destacam-se: o livre convencimento judicial, a disposição de prazos impróprios para a magistratura – contrapondo-se ao fenômeno da preclusão, que constantemente é associado às partes –, a determinação de provas de ofício pelo juiz, o julgamento com base em regras de experiência e, ainda, a impossibilidade de atuação corretiva do Judiciário em proveito da parte, sem o comprometimento de sua imparcialidade.

Rompendo com toda essa tradição liberal-positivista, ratificada nos últimos quarenta anos, o Código de Processo Civil propôs um terceiro sistema, cooperativo, no qual todos os sujeitos envolvidos na relação processual devem atuar em prol do regular exercício da jurisdição.

Sobre o tema, eis a compreensão de Mitidiero, Arenhart e Marinoni:

> A colaboração é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a

> dar feição ao processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional.[60]

Em que pese a concepção pluralista de atuação das partes, deve-se observar que a matriz hermenêutica, com a qual nos propomos compreender as normas processuais, é incompatível com a discricionariedade judicial. É dizer: se as premissas forem positivistas, a atuação do juiz, no novo sistema cooperativo, em que a atividade judicial é ampliada e passa a considerar diversos aspectos do procedimento – tais como a ampliação de prazos e os deveres de correção –, vai potencializar decisões individuais, fragilizando, com isso, a produção democrática do Direito.[61]

Esse novo sistema, concebido à luz da ordem democrática, deve ser compreendido a partir dos vetores hermenêutico-constitucionais de coerência e integridade. É dizer: no Estado Democrático de Direito, em que a isonomia material permite o resgate da faticidade e, com isso, estabelece novas fontes normativas para o intérprete, o sistema processual, em vez de ratificar discricionariedades ou juízos individuais, estabelece diretrizes em sentido contrário, para que nossa história institucional possa conduzir, com maior segurança, o exercício da jurisdição.

Acerca da integridade e coerência no CPC, Streck leciona que:

> A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da

> interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.[62]

Essa teoria normativa de coparticipação entre todos os envolvidos do processo fomenta o diálogo e estabelece mecanismo de fiscalização recíproca, por meio de deveres, conferidos às partes e ao Judiciário. O desenvolvimento da relação processual, sob essa premissa, guarda certa relação com as normas de direito material, impondo aos seus atores, deveres anexos de auxílio, prevenção e esclarecimento, já exigidos em relações materiais.

Sem prejuízo das lições anteriores sobre o sistema cooperativo, aqui, destacamos o princípio da cooperação, que se afirma como norma fundamental, alcançando todos os sujeitos da relação processual.

Enquanto princípio, a cooperação é dotada de exigibilidade, legitimando a imposição de deveres éticos para que os sujeitos do processo adotem um padrão de conduta institucional, favorável ao cumprimento das diretrizes constitucionais. Na prática, isso implica, por exemplo, deveres para o autor, para o réu e mesmo para a magistratura, a fim de que, em conjunto, viabilizem as melhores condições para o exercício da jurisdição.

A magistratura também deve adotar uma conduta cooperativa, o que justifica a previsão legislativa dos deveres de esclarecimento, consulta e correção, atribuídos em benefício da instrução processual.

O dever de esclarecimento impõe para o magistrado uma atuação preventiva, a fim de que eventuais dúvidas sobre as alegações, posições ou pedidos deduzidos em juízo sejam esclarecidas antes do julgamento. Exemplificando tal dever, o art. 357, § 3º, do Código de Processo Civil, estabelece que:

> Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Um segundo dever se estabelece pela consulta judicial acerca de questões que influenciem o julgamento da causa. Eis os termos do art. 10 da codificação: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Não se admite, portanto, que no sistema cooperativo, emitam-se decisões-surpresas, mesmo quando a matéria possa ser conhecida de ofício pela magistratura.

Por fim, destaca-se o dever de correção ou prevenção, que impõe para juízes um atuar diligente para identificar eventuais deficiências sobre as manifestações das partes, a fim de assegurar possibilidades de saneamento ao vício. Traduzindo essa influência do sistema cooperativo,[63] o art. 321 do CPC/2015 estabelece que:

> O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.
> Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Já no que se refere às partes da demanda, aqui identificadas pelo autor e pelo réu, também é possível identificarmos deveres oriundos da cooperação. No que toca ao demandante, por exemplo, a legislação exige seu comparecimento à audiência de mediação e conciliação, ainda quando esse já tenha manifestado desinteresse, se o réu, em sentido contrário, aceitar a realização do ato

processual. É dizer, com linhas mais simples: só se dispensa a realização da audiência de mediação e conciliação, se ambas as partes manifestarem desinteresse, pois, se assim não for, a oportunidade de acordo será promovida e o não comparecimento injustificado caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça.

Nesse sentido, eis a redação do art. 334, § 8º, do CPC:

> O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

No que se refere especificamente ao réu, pode-se registrar que, por decorrência da cooperação, caso sua defesa alegue ilegitimidade, deverá indicar, sempre que tiver conhecimento, o real legitimado, sob pena de arcar com as despesas processuais e indenizar o autor pelos prejuízos sofridos em decorrência da falta de indicação.

Sobre o tema, segue o art. 339 do CPC: “Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”.

Esse novo sistema processual estabelece a democratização do debate entre os sujeitos (autor, juiz e réu) e possibilita o desenvolvimento de uma relação processual mais equilibrada, não apenas pelo empoderamento das partes, mas principalmente pela previsão de responsabilidades compartilhadas.

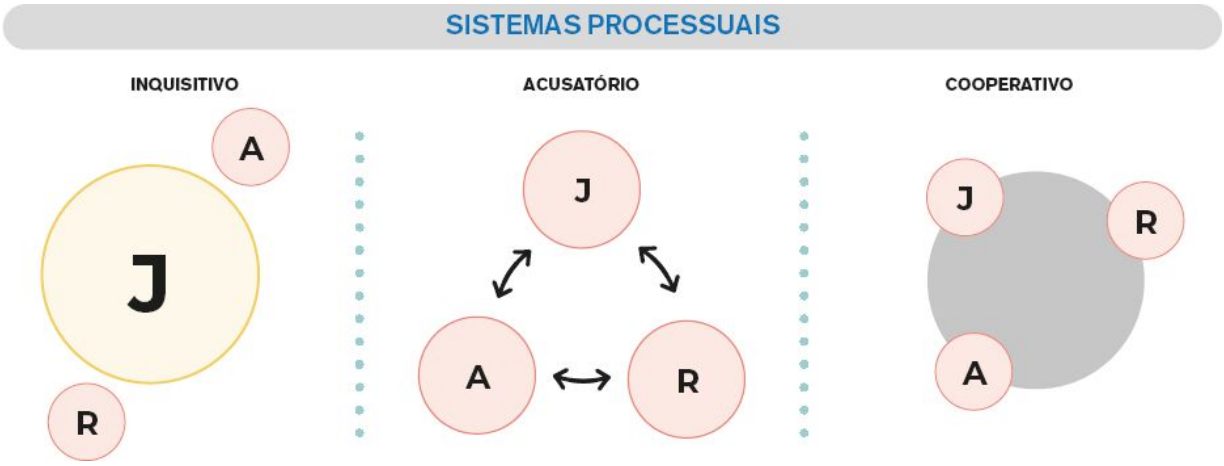
Sem maiores divergências, classificam-se, ainda, as propostas de organização do processo em: isonômica, assimétrica e cooperativa.[64]

Encerrando as considerações sobre a cooperação, pode-se afirmar, sob a ótica constitucional, que o novo sistema processual estabelece a polarização do debate entre os sujeitos (autor, juiz e

réu), e colabora, decisivamente, para a produção democrática do Direito.

ATENÇÃO

No plano jurisprudencial, destaca-se o REsp 1.769.949/SP, 1ª Turma, julgado em 02.10.2020, que consagra a possibilidade de fixação de multa civil contra o INSS, pela ausência à audiência do art. 334 do CPC: "(...) Assim, não comparecendo o INSS à audiência de conciliação, inevitável a aplicação da multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC/2015, que estabelece que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e será sancionado com multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Qualquer interpretação passadista desse dispositivo será um retrocesso na evolução do Direito pela via jurisdicional e um desserviço à Justiça".



3.2.1 Isonomia

É certo que esse Estado de Direito consolidou o primado da legalidade, mas também mostrou as impossibilidades de se estabelecerem previamente, por regras, respostas técnicas para a diversa realidade social. Ademais, com duas grandes guerras mundiais e o agravamento significativo das desigualdades, pensar uma nova proposta estatal tornou-se inexorável.

Sob a perspectiva liberal-individualista do Código de 1973, a igualdade se afirmou por uma ótica formal, com o emprego da uniformidade procedimental, o pedido implícito de perdas e danos, a quase inexistência de tutelas preventivas e um modelo de sistema que, mesmo pautado pela lógica cartesiana, ao final, delegava a decisão à subjetividade do intérprete.

A insuficiência dessa concepção formal não passou despercebida pela obra de John Rawls, para quem:

> as instituições são justas quando não há discriminações arbitrárias na atribuição dos direitos e deveres básicos e quando as regras existentes estabelecem um equilíbrio adequado entre as diversas pretensões que concorrem na atribuição dos benefícios da vida em sociedade.[65]

Se a carta constitucional e toda a sua densidade normativa apresenta, desde 1988, outra diretriz, pautada agora pelo resgate da faticidade, a compreensão da igualdade, como princípio constitucional de claros reflexos na seara processual civil, deve ser feita a partir desse novo horizonte hermenêutico. Por isso, conclui-se que a isonomia é garantia de resgate da identidade da causa, trazendo consigo uma nova rota processual, na qual procedimentos são negociados e adequados às especificidades da demanda. Por esse mesmo caminho, medidas judiciais, antes previstas de forma taxativa, hoje são construídas em contraditório para viabilizar uma resposta específica e pertinente.

Por essa razão, temos: Defensoria, Juizados Especiais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, uma série de procedimentos especiais, e muitas outras disposições processuais, decorrentes da isonomia. Disto não destoa o CPC, que assegura, às

partes, paridade de tratamento durante toda a marcha processual, já em seu art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

De fato, a particular condição humana deve ser compreendida em toda a sua individualidade, pois o homem é uno em suas necessidades e vive realidades particulares. Desconsiderar este fato é comprometer os fundamentos da República, pois não há dignidade sem respeito às diferenças.

Sem olvidar que a isonomia proposta pelo constituinte representa uma garantia substancial e que suas diretrizes se irradiam por todo o ordenamento jurídico, pode-se então afirmar que o legislador deve considerar a peculiaridade do caso para conferir tratamentos diferenciados toda vez que a intervenção for necessária para assegurar o equilíbrio das relações jurídicas. A concepção dessa isonomia substancial, por outro lado, coloca em evidência a necessidade de lermos os princípios processuais pelo vetor da coerência, permitindo que casos semelhantes tenham respostas semelhantes, não apenas no plano do texto, mas também, e, principalmente, de sua interpretação.

3.2.1.1 Vulnerabilidade processual

Relacionada diretamente com a isonomia material e a proposta de democracia substancial, que pelo texto constitucional protege minorias e afirma muitos de nossos Direitos Fundamentais, encontra-se a questão da vulnerabilidade processual. Essa vulnerabilidade decorre da suscetibilidade da parte, que por algum motivo, alheio a sua vontade, encontra-se em situação pessoal e adversa, que a impede de praticar os atos processuais.

A limitação pode decorrer da geografia, da condição econômica, tecnológica, técnica, psicológica ou de qualquer outra fonte que comprometa a capacidade de atuação da parte, com prejuízo para a dinâmica equilibrada da relação processual.

Em qualquer dos casos de suscetibilidade da parte com prejuízo para a prática dos atos processuais, o Estado deve reestabelecer o equilíbrio pela via legislativa, pela adoção de políticas públicas ou mesmo pela atuação judicial.

Curiosamente, hoje, o termo vulnerabilidade desponta apenas no art. 190 do CPC, como critério para que o magistrado controle as convenções processuais sobre alteração do procedimento. Sem prejuízo dessa menção singular, há muitos outros exemplos contemplados no código, dentre os quais merecem destaque: a gratuidade da justiça, para compensar a vulnerabilidade econômica; onde o transporte for difícil, a prorrogação de prazos por até dois meses, para remediar uma vulnerabilidade geográfica; e mesmo o adiamento de atos como a audiência, para a superação momentânea de uma eventual vulnerabilidade tecnológica, como a falta de equipamento ou conexão razoável para a transmissão de som e imagem, tão evidenciada no período de isolamento social e ambiente virtual.

Se houver vulnerabilidade da mulher, o código estabelece, em benefício da regular instrução processual, prioridade no trâmite, medidas protetivas requisitadas diretamente pela vítima de violência doméstica, e mesmo a competência territorial para uma ação de divórcio, separação, anulação de casamento, reconhecimento ou dissolução de união estável, estabelecida inicialmente no domicílio do guardião de filho incapaz; em havendo vulnerabilidade, será proposta no foro de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos do art. 53, I, *d*, do CPC, que teve sua redação atualizada pela Lei 13.894/2019.

Esse compromisso com a identidade da demanda reclama de todos nós um vigiar constante, pois a multiplicidade das questões submetidas ao sistema processual traz sempre algo novo, mesmo aos olhares mais atentos e comprometidos com as diretrizes constitucionais. Veja, por exemplo, que mesmo com incontáveis reuniões e debates sobre o democrático texto processual, à época, não alcançamos a vulnerabilidade imputada aos procuradores que, advogando em causa própria, passam pela experiência da adoção, da paternidade ou da maternidade. Pra corrigir isso, a Lei

13.363/2016, ao tratar das causas de suspensão dos processos, incluiu duas novas possibilidades destacadas em seu art. 313, pelos incisos IX e X, a saber: pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa; ou quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai.

ISONOMIA

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

VULNERABILIDADE PROCESSUAL

Art. 313. Suspende-se o processo:

IX – pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa;

ATENÇÃO

A isonomia substancial serve como vetor legislativo para embasar uma série de dispositivos processuais, destacando-se dentre eles: os prazos diferenciados para o Poder Público, a gratuidade da justiça, a Defensoria, os procedimentos especiais, as tutelas provisórias e

possíveis ajustes para adequar o rito à especificidade da demanda, por meio de convecções processuais.

3.2.2 Adequação

Feitas as considerações sobre o modelo cooperativo, a consequente reestruturação da relação processual e a retomada da faticidade pelo Direito, identificaremos agora como adequar a resposta judicial à especificidade do caso concreto, sem com isso desconsiderar as garantias constitucionais historicamente incorporadas ao devido processo legal.

É certo que um mínimo de racionalidade se exige na condução do processo, que aqui serve como método para que o Estado exerça seu dever institucional e, assim, possa entregar uma decisão. Por essa linha prevemos prazos, formalidades para a dedução de um pedido em juízo e requisitos para uma possível revisão da decisão judicial, dentre tantos outros exemplos. Há, entretanto, uma limitação inexorável na previsão legislativa que, diante da vida, perde sua capacidade de antecipar o resultado. Por essa razão, de um lado, o Código de Processo Civil, sem desprezar a legislação anterior, revogada, amplia a possibilidade de as partes ajustarem o procedimento, a fim de adequá-lo à peculiaridade da demanda. Dito de outra forma: versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, as partes que sejam plenamente capazes poderão estipular mudanças no procedimento a fim de ajustá-lo às especificidades da causa. Em termos práticos, isso significa que podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, ajustando prazos, o exercício do duplo grau de jurisdição, a limitação das provas a serem produzidas e outras muitas convenções que traduzam, para o caso concreto, um ajuste constitucional que viabilize procedimentos adequados e respostas específicas.

No mesmo sentido do texto, as partes podem negociar, em acordo com o juiz, um calendário para a prática dos atos

processuais, que vincula a todos e somente é alterado em casos excepcionais.

Há, também, deveres atribuídos ao magistrado para que, diante da especificidade da demanda, pratique em contraditório, atos executivos atípicos, sempre que demonstrar, pela fundamentação, sua pertinência para a melhor execução da decisão judicial, nos termos do art. 139, IV, do CPC. Nesse sentido, destaca-se o entendimento do STJ que, ao julgar um caso específico, permitiu a retenção da Carteira Nacional de Habilitação para viabilizar o cumprimento da decisão judicial. No mesmo julgado, advirta-se, concluiu-se também pela impossibilidade de suspensão do passaporte do devedor.

Já pelo inciso VI do mesmo dispositivo, pode o magistrado ampliar prazos processuais para um melhor exercício da jurisdição, quando o caso concreto reclamar essa providência.

ADEQUAÇÃO

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

3.2.3 Juiz natural

Com arrimo no art. 5º, XXXVII e LIII, de nossa Constituição Federal, afirma-se o princípio do juiz natural, sob exigência de competência e imparcialidade para o exercício da jurisdição.

Acerca da competência, pode-se dizer que o juiz natural é o juiz constitucional, haja vista que a carta social de 1988 estabelece a maior parte das autorizações para o exercício do dever jurisdicional. É, de fato, o que se constata da leitura dos arts. 102, 105 e 108 da CF, que previamente estabelecem a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Isso significa que não se poderão criar órgãos ou tribunais para apreciação e julgamento de fato pretérito ao de sua criação, de sorte que o cidadão saiba previamente qual representante do poder estatal receberá autorização para solucionar o conflito.

Sobre a via da imparcialidade, pode-se dizer que o princípio se destina à pessoa física do juiz, impondo-lhe o dever de atuar sem interesses diretos na demanda. Por ela afirmamos uma conquista fundamental para o exercício da jurisdição, vez que a presidência do processo sob as mãos de quem tenha interesse direto na causa, de há muito não é tolerada pela tradição das sociedades contemporâneas. De fato, conceber que a decisão judicial seja proferida sem atenção à imparcialidade, nas lições de Alexandre Câmara, é retirar toda a legitimidade de sua decisão, corroendo decisivamente os ideais de um processo justo e democrático.

Não por outra razão, o CPC/2015, lei ordinária que como tal deve submeter-se às diretrizes constitucionais, prevê à altura de seus arts. 144 e 145, causas de impedimento e suspeição judicial, em corolário à exigência da imparcialidade. Equivale a dizer: o princípio constitucional do juiz natural estrutura-se sob os aspectos da competência e da imparcialidade. O primeiro reporta-se ao órgão, o segundo, ao julgador.

Havendo reconhecimento da existência de interesse pessoal pela causa, o próprio magistrado terá a oportunidade de voluntariamente se afastar da condução processual, alegando, por exemplo, motivos de foro íntimo, o que obviamente ressalva a possibilidade de uma decisão desprovida de vícios.

Deve-se ainda considerar a evidente distinção entre imparcialidade e neutralidade, pois, estas ideias, de fato, não se confundem. A neutralidade apresenta uma condição de inércia atualmente rechaçada por doutrina, jurisprudência e pelo sistema cooperativo.

Essa é a razão, por exemplo, de se prever, à altura do art. 370 do CPC, que o juiz possa produzir provas de ofício. *Verbis*: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

A adoção dessa prática, advirta-se, em nada compromete a imparcialidade, vez que ao determinar de ofício a produção de uma prova, não se assegura antecipadamente o seu resultado e, por consequência, a qual das partes se estará beneficiando. Em arremate: o juiz deve ser imparcial sem, com isso, ser neutro durante o exercício da jurisdição.

ATENÇÃO

“Não há impedimento, nem suspeição de ministro, nos julgamentos de ações de controle concentrado, exceto se o próprio ministro firmar, por razões de foro íntimo, a sua não participação.”

Essa foi a orientação fixada pela maioria do Plenário ao resolver questão de ordem suscitada pelo presidente, em ação direta de inconstitucionalidade, acerca da não aplicabilidade da regra, após o ministro Marco Aurélio arguir a impossibilidade de sua participação no julgamento, considerado o Código de Processo Civil (CPC) [art. 144, III, VIII e § 3º (1)]. (Informativo 989 do STF).

3.2.4 Contraditório

Partindo-se do novo horizonte hermenêutico, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, devemos compreender o Processo Civil brasileiro através das garantias historicamente forjadas para o exercício do regime democrático que, pelo resgate da faticidade, investe em novos instrumentos legislativos – aqui exemplificados por regras e princípios – e, por vezes, estabelece sentidos diferentes sobre textos já conhecidos da comunidade jurídica.

É dizer: a conclusão atual sobre o contraditório, embora não negue as lições sobre a ciência das partes e a possibilidade de participação, consagradas pelo regime anterior, é significativamente ampliada pelo sistema cooperativo, para evitar as chamadas decisões-surpresas. Sua relação com o próprio conceito de processo permanece, vez que, majoritariamente, no Brasil, define-se Processo como relação jurídica de Direito Público, animada pelo contraditório,[66] todavia, seu conceito atual reflete o binômio: influência e não surpresa.

Sobre o contraditório, estabelece o art. 10 do CPC/2015 que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Afasta-se, com esse comportamento simples, a possibilidade de que a decisão judicial surpreenda os envolvidos com

fundamentações doutrinárias ou jurisprudenciais não discutidas no processo. Não se admitem, portanto, decisões-surpresas, ainda quando a matéria em questão, de interesse público ou particular, autorize o conhecimento de ofício. Nesses casos, o conhecimento pode e deve ser feito sem a provocação das partes, todavia, sob nenhuma hipótese se admite que a decisão se entregue com estribo em fundamentos não ventilados oportunamente na relação processual.

Sob o enfoque jurisprudencial, a Suprema Corte tem compreendido esse princípio sob duas vertentes: a primeira, formal, coincide com o quanto aqui já se apresentou pela necessidade de ciência bilateral e oportunidade de manifestação. A segunda, material, considera a influência real das atitudes e argumentações aduzidas pelas partes na construção da decisão, mediante um dever de diálogo com as partes. Assim, garante-se ao jurisdicionado que suas atitudes e ponderações tenham uma influência real na resposta judicial.[67]

De fato, o contraditório traduz o dever constitucional de diálogo e apresenta como objetivo a possibilidade real de influência no convencimento judicial. Em situações excepcionais, no entanto, a influência da isonomia se correlaciona com o princípio do contraditório, alterando o seu exercício em respeito à peculiaridade do direito material. Explique-se: o ordenamento brasileiro admite que decisões possam ser entregues em caráter emergencial, de sorte a proteger o direito deduzido em juízo. Essas decisões excepcionais são proferidas antes que se possa exercitar a ciência da parte contrária, e podem ser facilmente exemplificadas pela ação de busca e apreensão de menor. Nessa hipótese, o exercício do contraditório é postergado e passa a ser observado após a execução da medida, pois, ao se empregar as vias tradicionais, a ordem judicial requerida em função da resistência na entrega do menor dificilmente encontraria efetividade. Ressalvadas essas situações excepcionais, ao quanto aqui se quer afirmar, a decisão judicial só alcança a legitimidade pela via do contraditório.

Com Aroldo Plínio Gonçalves,[68] pode-se ainda afirmar que: “a essência do contraditório encontra-se na ‘simétrica paridade’. Isso

significa que se deve conceder a oportunidade de participar do procedimento a todo aquele cuja esfera jurídica possa ser atingida pelo resultado do processo, assegurando-lhe igualdade material de condições com os demais interessados".

Em respeito a essa garantia constitucional, indispensável na promoção do ideal de justiça, dispõe o CPC/2015 em seu art. 9º, que nenhuma decisão deverá ser proferida contra a parte, sem que esta seja previamente ouvida. Essa necessidade se impõe pela carta constitucional, e, já sob a ótica da novel legislação, será observada, previamente, mesmo nas matérias que o juiz possa conhecer de ofício. Em linhas mais simples: mesmo diante de interesse público ou de autorização legislativa, não poderá o juiz conhecer da matéria e de imediato decidir em desfavor da parte, sem antes garantir-lhe a oportunidade de manifestação. Em corolário disto, estabelece o artigo do mesmo diploma que em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha facultado o exercício do contraditório, ainda que a matéria permita apreciação de ofício.

Essa percepção do contraditório se afirma pela leitura constitucional do sistema processual e, por essa mesma razão, demanda sempre releituras e atualizações para preservar a possibilidade de influência, a simetria e a decisão previamente anunciadas pelo diálogo entre os sujeitos processuais.

Sobre o tema, destacamos alguns dos efeitos decorrentes da pandemia de Covid-19 e do correlato isolamento social na dinâmica judicial, que para se adaptar e preservar a influência das partes durante as sessões de julgamento virtual estabeleceu parâmetros para o emprego da tecnologia de transmissão de voz e imagem.

No âmbito do STF, destacamos a Resolução 642, de 14 de junho de 2019, que em seu art. 5-A trata das sustentações orais em ambiente virtual.

> Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da

> União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.

Sem prejuízo dessa iniciativa, considero que o caso concreto pode demandar uma interlocução dinâmica e real com os ministros, com possibilidade de defender as premissas da argumentação ou mesmo elucidar um eventual equívoco, o que se perde pela apresentação assíncrona da sustentação.

Destaca-se também a alteração do regimento interno da Suprema Corte, para que o silêncio de um ministro, ao invés de traduzir anuência com o voto do relator, passe a ser compreendido como abstenção. Eis os termos de seu art. 146:

> Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009).
> Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009).

Há muitos outros desafios, colocados pelas plataformas virtuais, para o regular exercício do contraditório, tais como a identificação das testemunhas, que muitas vezes prestarão esclarecimentos por videoconferência, sendo aqui também relevante a discussão sobre a possibilidade de uma orientação indevida, por ameaça; e mesmo a falta de capacidade técnica para a adequada transmissão do vídeo, em situações hoje ainda muito comuns de vulnerabilidade tecnológica. Tudo isso, ao final, ressalta a importância de

contextualizarmos as leituras, a fim de preservar a legitimidade do resultado: a decisão.

CONTRADITÓRIO

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

ATENÇÃO

Contraditório agora implica influência e não surpresa. O resultado prático pode ser exemplificado pela vedação às decisões-surpresas e pela necessária consideração dos argumentos evocados pelas partes. Nesse sentido, destacam-se os arts. 373, § 1º, e 489, § 1º, do CPC, que, respectivamente, tratam da prévia comunicação, caso haja inversão do ônus da prova, e da fundamentação das decisões judiciais que, sob pena de nulidade, devem considerar os argumentos deduzidos no processo.

3.2.5 Inafastabilidade

Prevista na carta constitucional nos incisos XXXV do art. 5º, a inafastabilidade do controle jurisdicional é apresentada nestes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Esta norma, por sua vez, deve ser compreendida em conformidade com o Estado de Direito e com a garantia da tutela adequada, impedindo, assim, que o legislador limite injustificadamente o acesso à ordem jurídica, sem prejuízo de eventuais regulamentações desse mesmo acesso, em decorrência do contexto social. É dizer: esse acesso não é absoluto. O próprio constituinte, em situações pontuais, flexibiliza o princípio da inafastabilidade. Como exemplo, vale observar o art. 142, § 2º, da CF, que ao tratar das Forças Armadas afasta a possibilidade de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, o que se justifica pela manutenção da hierarquia militar.

Outro exemplo pode ser evocado pelo art. 217, § 1º, da CF, que prevê o dever de fomento estatal para a prática de atividades desportivas, formais e não formais, como direito de cada um e estabelece que o poder judiciário só admitirá ações relativas a competições desportivas mediante o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.

Assim, a primeira diretriz se volta ao Poder Legislativo, que no plano infraconstitucional é impedido de elaborar, sem autorização constitucional, seja expressa, seja por interpretação do STF, textos com o propósito de obstar o livre acesso do cidadão aos órgãos do Poder Judiciário.

Embora o comando nos pareça simples e direto, a rotina legislativa do país parece olvidar esta garantia, vez que, inadvertidamente, são aprovadas restrições ao livre acesso do jurisdicionado. Este, por exemplo, é o teor da Lei 8.437/1992, que, já em seu art. 1º, nos informa que: “Não será cabível medida liminar contra o Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

O que se quer arguir, em respeito ao projeto encampado pela carta constitucional, é a impossibilidade de se estabelecerem prévias restrições para a atuação judicial, se esta mesma atuação puder se revelar como o caminho mais adequado para a satisfação do direito e a efetividade de direitos fundamentais. Com linhas mais simples: vedações categóricas não se adequam às irregularidades que a vida apresenta para a apreciação judicial.

Há, entretanto, a possibilidade já sinalizada de interpretarmos a inafastabilidade em um novo contexto, que atualmente nos remete aos meios adequados de resolução de conflito, às práticas ancestrais da comunidade, da justiça restaurativa e mesmo das plataformas virtuais de solução de conflitos disponibilizadas pelo Poder Público. Buscando compatibilizar o mandamento constitucional do art. 5º, XXXV, da CF com essa dinâmica social, merece destaque um julgado, ventilado no RE 631.240, sobre ações previdenciárias e medicamentos. Nessa ocasião, assim se manifestou o STF:

> A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

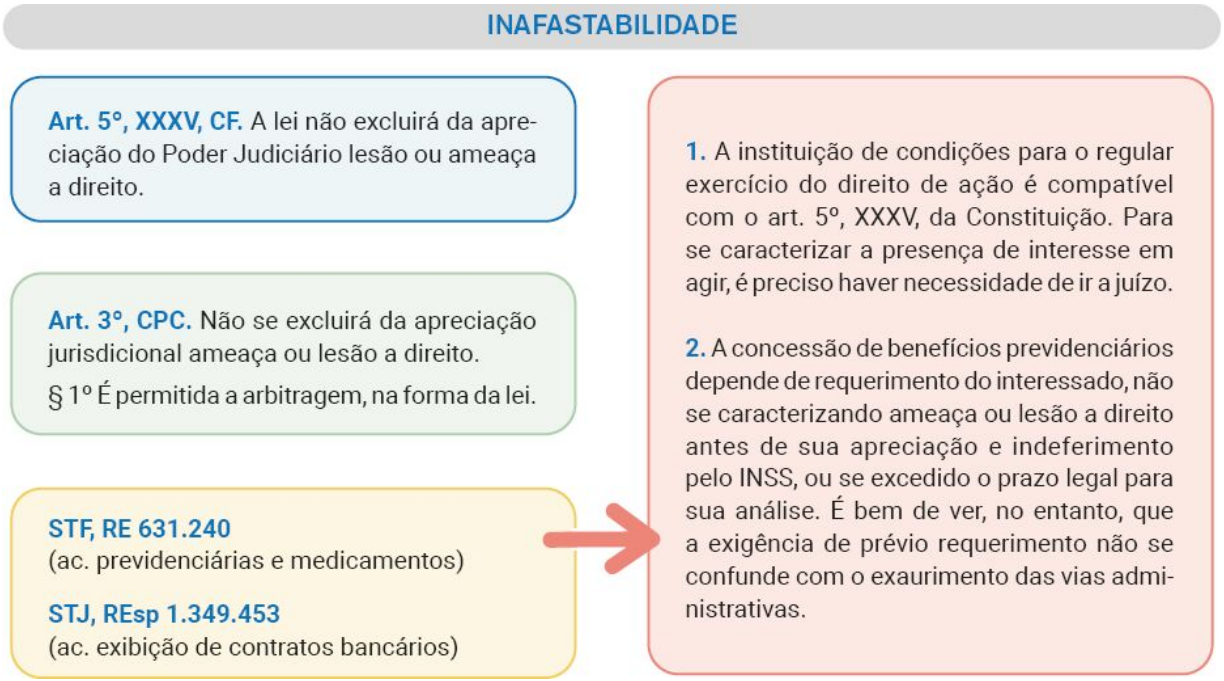
Sistematizando essa primeira diretriz, podemos concluir que: (1) o princípio da inafastabilidade é previsto na CF e se impõe sobre a legislação infraconstitucional; (2) pode haver flexibilidade da inafastabilidade pelo próprio texto constitucional, a exemplo da justiça militar e da justiça desportiva; (3) o STF, interpretando esse

mandamento, vem concluindo pela compatibilidade de exigirmos uma dinâmica prévia de consenso, quer pela via administrativa, quer pelas plataformas virtuais, antes da tradicional via judicial.

Uma segunda vertente da inafastabilidade se reporta ao Poder Judiciário e deve ser observada com atenção pelo magistrado. Vejamos as razões desta afirmação.

Uma vez concentrado o exercício da função jurisdicional nas mãos do Poder Judiciário, o Estado reclama para si a responsabilidade de controlar, por intermédio de seus órgãos jurisdicionais, as causas que possam gerar um estado de insatisfação ou que reclamem uma fiscalização administrativa. Demais disso, deve o órgão do Poder Judiciário, observar o direito constitucional do cidadão de obter dos poderes constituídos uma resposta adequada, célere, tempestiva e eficiente. Se isso é verdade, não se pode esperar ausência da magistratura, vez que esta também é destinatária do princípio constitucional da inafastabilidade. Assim se justifica a vedação contida à altura do art. 140 do diploma procedimental: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Sobre o tema, retrata o novo Código de Processo Civil em seu art. 3º, revigorado pela leitura constitucional, que não se exclui da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Com isso, alteramos a ordem estabelecida no texto constitucional, que pelo já citado art. 5º, XXXV, primeiro trata da lesão para depois elencar a ameaça. Uma mudança eloquente que agora, pelo CPC, oferece predileção por conter as ameaças em respeito às tutelas preventivas. Algo evidente e simples, você pode concluir, mas por vezes, infelizmente, é necessário evidenciar obviedades.



3.2.6 Publicidade

Corolário do direito constitucional à informação, o princípio da publicidade é o reflexo do Estado de Direito, vez que, através da publicidade, o cidadão tem a oportunidade de fiscalizar a atuação dos poderes constituídos. Por isso, as audiências são públicas, permitindo que o povo esteja presente às sessões de julgamentos. A mesma razão determina que as decisões judiciais sejam publicadas em órgão oficial, sem olvidar que hoje já se pode contar com a inestimável colaboração da TV Justiça e a consequente transmissão, ao vivo, das sessões plenárias do STF, o que, evidentemente, serve de importante veículo de divulgação e controle social.

Sobre o tema, eis o art. 11 do CPC:

> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
> Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Em casos excepcionais, no entanto, esse princípio pode ter sua aplicação afastada em respeito ao interesse público ou à particular condição da causa. São processos que tratam de casamento, filiação, divórcio, alimentos e guarda, dentre outros. Como não se poderia exigir que a redação legislativa contemplasse todos os casos de exposição demasiada da intimidade, o Código de Processo, à altura do art. 189, intercala previsões pontuais com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a fim de contemplar a peculiaridade do caso e afastar a incidência da publicidade para a prática do ato. Isto nos termos do interesse público. Vejamos as hipóteses legais:

> I – em que o exija o interesse público ou social;

Nesse caso, o conceito é delimitado pela análise do caso concreto, dependendo da atuação judicial.

> II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

Aqui, o efeito é automático e decorre da previsão legislativa.

> III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

Novamente, demandaremos avaliação judicial para que o caso concreto, em decorrência da peculiaridade, como a exibição de dados fiscais ou telefônicos, goze do segredo de justiça.

> IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Por fim, temos uma quarta hipótese que, por determinação legislativa, implica segredo de justiça automático para a instrução

processual.

Convém ainda relacionar, por oportuno, que a publicidade é de suma importância para garantir o contraditório, pois, hodiernamente, é através dessa aplicação que os órgãos judiciários comunicam às partes os atos ocorridos durante o trâmite da relação jurídica, sendo o sigilo, sempre, a exceção.

PUBLICIDADE

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário **serão públicos,** e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I – em que o exija o interesse público ou social; [**avaliação**]

II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; [**automático**]

III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; [**avaliação**]

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a

confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. [**automático**]

3.2.7 Fundamentação

A consolidação do Estado de Direito trouxe importantes garantias para a afirmação da segurança jurídica, isso em razão de nossa Constituição ter abraçado a ideia de controle da atuação estatal, uma vez que o exercício do poder deve observar os limites do ordenamento jurídico. Em decorrência disso, estabelece o legislador constituinte no art. 93, IX, CF/1988 que todo ato judicial tem que ser motivado. O mesmo se percebe pelo art. 11 do CPC, para o qual, todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

A fundamentação é princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois, sem ele, a sociedade não teria como fiscalizar a atuação da atividade jurisdicional. Evidente, portanto, que de nada adiantaria garantir o contraditório e a ampla defesa se às partes não fossem declinadas as razões do convencimento. Sem isso, não haveria como avaliar se as provas e alegações foram eficientes ou determinantes para o provimento final e retornaríamos aos tempos odiosos do absolutismo, ferindo de morte o controle da atuação judiciária e a promoção da segurança jurídica.

Deve-se, no entanto, verificar a atualização legislativa que, no ordenamento contemporâneo, emprega princípios, termos vagos e conceitos indeterminados para o alcance da finalidade constitucional. Essas novas técnicas legislativas, de um lado, viabilizam o resgate da faticidade, mas, de outro, nos desafiam a responder: como fundamentar decisões e adequadamente declinar as razões do convencimento, se para tanto, muitas vezes a decisão está embasada em textos de baixa densidade semântica? A indagação é relevante, vez que a redação utilizada pelo CPC/2015 apresenta termos na ordem de prazo razoável, multas proporcionais, medidas adequadas, interesse público e dignidade da pessoa humana, para perceber que decisões pautadas nessas

ideias não são capazes de assegurar o real cumprimento da motivação.

Nesse contexto, não se pode admitir que a simples referência ao primado da dignidade humana ou aos termos da proporcionalidade seja capaz, por si, de apresentar às partes os fundamentos da decisão. Antes, é imperioso que se mensure e delimite a vagueza do texto, de sorte a identificar, por exemplo: qual o conceito de dignidade adotado para o caso, qual a relação entre o percentual da multa e a capacidade contributiva da parte, ou ainda, qual percepção de interesse público foi aduzida para a causa. Isso, obviamente, traz responsabilidades para o intérprete, que, por meio dos vetores constitucionais de coerência e integridade, pode entregar resultados adequados à especificidade do caso, sem, com isso, desconsiderar nossa história institucional.

A toda evidência, o que não se pode admitir são decisões pautadas pela subjetividade assujeitadora do homem, em total desprezo ao dever constitucional de fundamentação. Dito de outra forma: sentenças entregues em linhas com amparos em termos vagos, tais como “extingo o processo por falta dos pressupostos”, “indefiro o pedido por falta de amparo legal”, ou, ainda, “encaminhe-se o feito para a extinção por inépcia da inicial”, não atendem ao mandamento constitucional da motivação e, por isso, devem ser consideradas nulas. Observe que para além da eloquência vocabular, não há sequer a indicação do erro ensejador da extinção ou menção ao pressuposto supostamente desconsiderado pela parte.

Por essa razão, na decisão pautada em conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o intérprete/julgador deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais – ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto –, tal resultado se faz adequado à CF. Dito de outro modo: a motivação, portanto, reclama descrição detalhada acerca das percepções judiciais, a fim de garantir às partes uma condição de possibilidade para verificar que todos os argumentos deduzidos foram considerados na decisão. Afinal, a descrição de um fato, ao

tempo que revela nossas impressões de mundo, submetendo-as ao necessário constrangimento epistemológico, também nos permite constatar uma série de evocações feitas para aproximar o texto da realidade descrita.[69]

Nesses termos, o art. 489, § 1º, do CPC afirma, categoricamente, ser nula qualquer decisão que: (1) se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (2) que empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (3) que invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (4) que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (5) que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ou, ainda, (6) que deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De fato, a decisão, no modelo constitucional de processo, se legitima pela construção democrática do resultado que, aqui, considera as referências dos Direitos Fundamentais e das garantias consagradas no espaço público, sendo com isso absolutamente incompatível a discricionariedade assujeitadora do homem ou a desconsideração da identidade da demanda.

Firmadas essas premissas, devemos ainda analisar a possibilidade de fundamentação *per relationem*. Essa técnica, empregada para fundamentar conclusões com base em trechos de decisões anteriores ou de pareceres do Ministério Público, é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende não haver qualquer óbice, ilegalidade ou violação aos princípios do contraditório e da isonomia, pelo emprego da técnica. Sobre o tema, eis o entendimento recente do tribunal:

> A fundamentação *per relationem* é válida, inexiste óbice à utilização de elementos contidos em manifestações

> ministeriais ou em sentença, não havendo que se falar em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pelo emprego da técnica. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.848.688/PR, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), 5ª T., j. 11.2.2020, *DJ* 18.2.2020).

Sem prejuízo desse entendimento, firmado pela Corte Superior, entendemos pela impossibilidade de empregar a técnica sem com isso reduzir as garantias constitucionais e flexibilizar o dever de apresentarmos ao jurisdicionado, pelo processo, uma fundamentação pertinente, coerente, exauriente e correlacionada às peculiaridades do caso concreto.

Nesse mesmo sentido parece ter se posicionado o próprio CPC, em pelo menos dois artigos: o já citado art. 489, § 1º, e o art. 1.021, § 3º, que versa sobre o recurso do agravo interno e estabelece, em seu § 3º, vedação ao relator, que não deve se limitar à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o pedido do recorrente.

A fundamentação, conclui-se, é uma condição de possibilidade para garantir o acesso à ordem jurídica justa, imparcial e democrática que, por essa razão, deve considerar as delimitações de sentidos feitas à linguagem no espaço público, pela doutrina, pela jurisprudência, pela lei e por toda a nossa tradição constitucional que, na sociedade atual, demanda diálogo com a identidade da demanda, traduzida, ao final, nos fundamentos da decisão judicial.

ATENÇÃO

A fundamentação, hoje, pauta-se pelas lições do art. 489, § 1º, do CPC, que afirma, categoricamente, ser nula qualquer decisão que: (1) se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (2) empregue conceitos

jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (3) invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (4) não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (5) se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ou, ainda, (6) deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

3.2.8 Razoável duração dos processos

A doutrina reconhece como direito constitucional, conferido a todos os sujeitos do processo, a obtenção de uma resposta judicial em prazo razoável. Ocorre, entretanto, que o processo tem um tempo natural de maturação e desenvolvimento, necessário para a concepção de uma resposta justa e adequada ao caso concreto, e uma resposta prematura pode causar danos outros, por vezes maiores do que aqueles advindos da morosidade.

Por muitos e longos anos a estrutura rudimentar dos poderes constituídos vedou o acesso da população carente. Custas elevadas, a falta de procedimentos mais céleres e informais, assim como desvalorização da Defensoria são alguns dos exemplos de uma realidade defasada e superada pela atual conjuntura da ciência processual. No entanto, mudar esse anacrônico quadro de desigualdades para garantir a efetivação do acesso à ordem jurídica justa e o correlato exercício da cidadania trouxe desafios contemporâneos para o ordenamento jurídico.

Registre-se, então, que o princípio da efetividade, assim como o direito fundamental de obter do Estado uma resposta judicial em tempo razoável, não pode comprometer a qualidade da decisão, sob pena de naufragarmos o ideal da tutela adequada.

ATENÇÃO

O art. 190 do CPC prevê a possibilidade de as partes plenamente capazes alterarem prazos processuais, quando o direito discutido admitir autocomposição. Em termos práticos, isso significa que o tempo do processo pode, ao final, ser negociado, com ganho de celeridade para o exercício da jurisdição.

3.2.9 Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva tem seu fundamento primeiro na Constituição Federal, por força de seu art. 3º, I, que estabelece, dentre os objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, decorrendo desse último, o dever de agir com lealdade.[70]

No âmbito processual, esse princípio se apresenta pelo art. 5º do CPC/2015, nos termos de que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

Essa visão acerca da boa-fé, advirta-se, não se atrela à subjetividade, mas revela, objetivamente, uma expectativa de comportamento que, na nova ordem processual, considera as lições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se nos contratos, a boa-fé se afirmou como referência para a interpretação e o cumprimento dos negócios jurídicos, serviu também para impor deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual (CDC, art. 4º, III; CC, art. 422).[71]

Sem desconsiderar nossa tradição jurídica sobre o tema, aqui demonstrada pelas disposições materiais, devemos observar que,

na seara processual, a boa-fé representa um vetor hermenêutico para a compreensão dos atos praticados durante a relação processual, vedando comportamentos contraditórios, estimulando a segurança de comportamentos duradouros e autorizando, mesmo, a imposição de sanções diante de abuso dos direitos processuais.

Exemplificando essas condutas, estabelece o art. 80 do CPC/2015, que se considera litigante de má-fé aquele que: (I) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (II) alterar a verdade dos fatos; (III) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (IV) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (V) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (VI) provocar incidente manifestamente infundado; (VII) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

É certo que a boa-fé objetiva demanda um determinado tipo de atuação. Não se pode negar sua força normativa nem a extensão de sua incidência, já que se aplica dentro e fora da relação processual. Deve-se, entretanto, observar que a percepção do enunciado, na doutrina processual, é apresentada como cláusula geral, dotando-a de grande flexibilidade na determinação das consequências jurídicas, e isso, ao quanto se procurou demonstrar pela leitura constitucional do sistema processual, não autoriza qualquer resultado, pois as consequências da prática de ato contrário à boa-fé, antes de qualquer juízo individual, são antecipadas pela tradição jurídica, pela identidade da causa e pela necessária correlação entre a sanção judicial e a efetividade de seu cumprimento para a instrução processual.

O desrespeito à boa-fé, por previsão expressa do art. 81 do CPC, autoriza a incidência de multa, que deverá ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa. Essa condenação pode decorrer de requerimento da parte prejudicada ou mesmo de ofício, sendo que, neste último caso, deve o magistrado atuar preventivamente para, em atuação cooperativa, sinalizar e advertir o agente sobre os riscos de que sua conduta, planejada ou reiterada, seja compreendida como atuação contrária ao padrão ético da boa-fé.

O valor da multa é revertido para a parte contrária, que também será ressarcida pelos eventuais prejuízos sofridos e pelas despesas que efetuou, sem prejuízo dos honorários advocatícios.

BOA-FÉ

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

3.2.10 Primazia de julgamento do mérito

A primazia de julgamento do mérito é prevista, como norma fundamental, pelo art. 4º do novo Código de Processo Civil, sob os termos de que: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Se em momento anterior, identificamos os deveres decorrentes da cooperação, destacando-se, na oportunidade, o dever de correção, agora, correlaciona-se a disposição de uma série de mecanismos processuais, a fim de que vícios formais, superáveis pela atuação conjunta, não prevaleçam diante da possibilidade de correção e julgamento da demanda.[72]

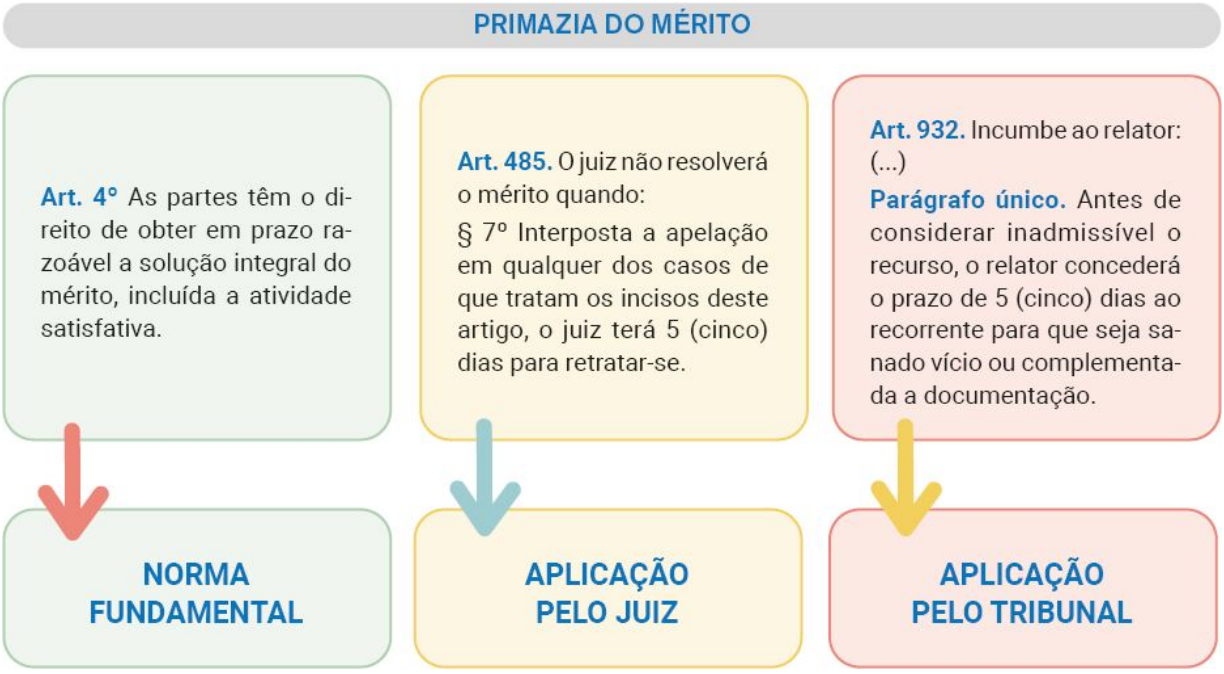
Uma série de disposições legais, espalhadas pela codificação, viabiliza o saneamento de vícios processuais que, sob o crivo do sistema cooperativo, devem anteceder eventuais decisões terminativas. É dizer, com outras palavras: há o dever compartilhado de correção dos vícios. Isso envolve não somente os demandantes – e, para tanto, basta mencionar a emenda da inicial pelo autor ou a correção de ilegitimidade passiva, pelo réu –, mas também o juiz – seja pela indicação específica do erro a ser corrigido, pela superação da jurisprudência defensiva ou, ainda, pela releitura da instrumentalidade processual.

Nos termos atuais, a primazia serve ao combate da jurisprudência defensiva, construída, sobretudo nos tribunais superiores, com efeitos imediatos para os juízos de admissibilidade recursal. Veja-se, por exemplo, o entendimento firmado pela Súmula 418 do STJ,[73] hoje cancelada em razão do CPC/2015.

No que pese o entendimento jurisprudencial, não se deve desconsiderar o fato de que o sistema atual, em decorrência dos deveres anexos da cooperação, disponibiliza, por lei, orientação contrária à cultura da formalidade excessiva. É o que se verifica, por exemplo, pela leitura do art. 218, § 4º, do CPC/2015, a esclarecer que atos processuais, ainda quando praticados antes da fluência do prazo – o que inclui a matéria recursal –, serão válidos.

Nesse mesmo sentido, vale destacar o art. 932 do CPC, que em seu parágrafo único, ao tratar do juízo de admissibilidade recursal, assim se manifesta: “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação”.

Admitir como princípio a primazia do julgamento do mérito, sob a perspectiva da coerência e integridade com a qual se deve ler o sistema jurídico-processual, demanda do intérprete a clara noção de que a correção dos vícios não depende da subjetividade de quem julga, mas sim de um padrão institucional que hoje disponibiliza, pela legislação, hipóteses legítimas de superação dos empecilhos formais de procedimento, para a entrega de uma decisão sobre o mérito.



3.2.11 Demanda e impulso oficial

Há duas ideias correlatas, que há muito servem de referência para a condução da relação processual, preservando a imparcialidade do judiciário e a liberdade das partes. Trata-se dos princípios da demanda e do impulso oficial, que hoje constam do art.

2º do CPC: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Pelo princípio da demanda, traduzimos uma característica da jurisdição, que já sabemos, é exercida mediante provocação, ressalvadas as atuações de ofício para os casos em que haja interesse público ou que, por autorização legislativa, possa o juiz conhecer diretamente. É o que temos, por exemplo, com os poderes instrutórios que permitem ao juiz produzir prova sem provocação das partes.

A demanda manifesta no pedido deduzido em juízo e, em regra, limita a atividade jurisdicional, sendo defeso ao magistrado decidir de modo diverso do que fora pedido, bem como condenar o réu em quantia superior àquela pleiteada pelo autor. Perceba que, em função disso, se o autor almeja apenas a condenação do réu ao pagamento de uma indenização por dano material, ainda que convicto da existência de dano moral, não poderá o juiz avançar para ampliar a condenação, já que esta última não fora deduzida em juízo.

Sobre o tema, assim se manifesta o legislador, pelo art. 492 do CPC: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Uma vez provocado para o exercício da atividade jurisdicional, por meio do processo, este se desenvolverá por impulso oficial. Em função disso, atos meramente ordinatórios, que sirvam para o desenvolvimento da relação processual, são praticados de ofício.

Ressalva-se aqui a possibilidade de o juiz, ao interpretar o pedido, considerar o seu conjunto, em clara mudança do regime anterior, que determinava uma interpretação restritiva. Com isso, pode a magistratura se manifestar sobre as consequências jurídicas do pedido deduzido, ainda que não haja manifestação expressa do demandante sobre isso. É o que temos, por exemplo, numa ação de reconhecimento de paternidade que se limita a obter a declaração do vínculo sem, no entanto, demandar a alteração no registro civil.

DEMANDA E IMPULSO OFICIAL

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

3.2.12 Devido processo legal

O devido processo legal é uma cláusula aberta que por mais de 800 anos tem incorporado, gradativamente, reinvindicações sócias para o exercício da jurisdição e que hoje, no Estado Democrático de Direito, sob influência da Constituição e dos Direitos Fundamentais, representa um marco civilizatório sem o qual a humanidade se enfraquece e pode mesmo se voltar para a tirania e a barbárie.

Em escritos alemães datados de 1037 d.C., já era possível antever limites ao imperador, pelas disposições legais. Mais tarde, em 1215, a Magna Carta ratifica a submissão do rei, no regime monarca da Inglaterra, ao império da lei. Esses registros históricos consagram a expressão *Due Process of Law*, que desde então incorpora em sua percepção uma série de direitos e garantias para orientar e limitar a relação processual. Perceba que aqui temos um claro exemplo da diferença entre texto e norma, já que a expressão permanece, mas a norma, como resultado hermenêutico, é constantemente atualizada pela sociedade.

Por essa via, já entendemos que a garantia essencial albergaria somente o respeito à legalidade e o direito de ser submetido às leis de seu país, excluindo-se, nesse processo, penas degradantes. Em seguida, passamos a exigir julgamentos públicos, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, boa-fé e, na conjuntura atual, todas as normas fundamentais que compõem o nosso modelo cooperativo de processo.

Como cláusula aberta, o devido processo legal não se limita pelo conceito, pois está sempre em construção, evocando as conquistas sociais em um ressignificado contínuo e, por essa razão, a expressão permanece entre nós para hoje se afirmar como a referência normativa mais importante da seara processual.

Em sua perspectiva formal, ele traduz o trinômio: vida, liberdade e patrimônio, numa proposta evidentemente liberal que bem representou os ideais burgueses da revolução. Nessa via, entende-se que as garantias historicamente consagradas devem orientar o procedimento que viabiliza o exercício da jurisdição, tais como o contraditório, a publicidade e o juiz natural. Pelas lições do STF, ainda, é possível defender um aspecto material, que se desenvolve pela razoabilidade e pela proporcionalidade,[74] que hoje é prevista como norma fundamental, pelo art. 8º do CPC.

Em desenvolvimento dessas ideias, entendemos que o devido processo legal, pela leitura constitucional, deve também considerar a faticidade, a isonomia material e toda a diversidade da democracia substancial. É dizer: todo esse conjunto de direitos e garantias que gravitam em torno do devido processo legal e constantemente lhe

alteram e atualizam o sentido pela referência constitucional devem necessariamente considerar a tradição desenvolvida em matéria de Direitos Fundamentais e viabilizar que toda essa experiência sirva como condição de possibilidade para legitimar respostas jurídicas.

Como cláusula geral de dimensão constitucional, sua incidência não se limita ao campo processual, devendo balizar também as relações privadas. Veja, por exemplo, que, mesmo com previsão legal, não se pode imputar o pagamento de uma multa ao condômino, por comportamento antissocial, sem antes assegurarmos conhecimento sobre os fatos que lhe são imputados, oportunizando em seguida a possibilidade de manifestação com chances reais de influência no resultado. Há, portanto, de se observar o devido processo legal privado.

Em qualquer esfera, processual ou material, individual ou coletiva, lá estará a cláusula aberta, constantemente reformada, atualizada, abrangente e frequentemente ressignificada, para emprestar a todos o direito de viver em acordo com as conquistas civilizatórias que marcam nossa democracia constitucional.

NORMAS FUNDAMENTAIS	
Isonomia	Arts. 7º e 139, I, do CPC, Defensoria, JESP, gratuidade, prazos em dobro, procedimentos especiais, mediação judicial, CEJUSCs etc.
Adequação	Arts. 190, 191, 139, VI, 373, § 1º, do CPC.
Juiz natural	Art. 5º, XXXVII e LIII, da CF. Arts. 144 e 145 do CPC.
Contraditório	Art. 5º, LV, da CF; arts. 9º e 10 do CPC.
Inafastabilidade	Art. 5º, XXXV, da CF.
Publicidade	Art. 93, IX, da CF; art. 11 do CPC.

Fundamentação	Art. 93, IX, da CF, art. 489, § 1º, do CPC.
Razoável duração	Art. 5º, LXXVIII, da CF; arts. 6º, 139, II, do CPC.
Boa-fé	Arts. 5º e 80 do CPC.
Primazia do mérito	Arts. 4º, 139, IX, 321 e 932, parágrafo único, do CPC.
Demanda e impulso oficial	Arts. 2º e 492 do CPC.
Devido processo legal	Art. 5º, LIV, da CF.

[53] Quer-se ainda sustentar a existência de princípios não escritos, e mais, que sua aplicação não ocorre em caráter absoluto, podendo, com respaldo na técnica da ponderação dos interesses, ser flexibilizados no caso concreto, quando a situação autorizar um tratamento discriminatório.

[54] Dentre outros, podemos citar: cooperação judicial, afetividade e o livre convencimento motivado.

[55] STRECK, Lenio Luiz. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>.

[56] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 392.

[57] A menção a pessoas judicialmente separadas se justifica no texto em função de sua edição ter sido anterior à Emenda Constitucional n. 66.

[58] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 275.

[59] Nesse sentido se posicionam autores como Fredie Didier, Daniel Mitidiero e Alexandre Câmara, todos citados ao longo deste capítulo.

[60] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1, p. 500.

[61] Sobre o tema, eis a crítica de Streck sobre as bases hermenêuticas de expressiva doutrina processual, entusiasta da cooperação e adepta, ao mesmo tempo, do livre convencimento: *Hermenêutica e jurisdição* – diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

[62] STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil*: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 158.

[63] Idem, p. 207.

[64] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 113.

[65] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993. p. 27.

[66] Por todos, consulte-se a obra de Alexandre Freitas Câmara.

[67] Sobre o tema, consulte-se: Mandado de Segurança 24.268.

[68] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 115.

[69] HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. p. 15.*

[70] STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

[71] THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CP*: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 184.

[72] Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 22 abr. 2016.

[73] Súmula 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

[74] Ver voto do Min. Celso de Melo no RE 374.981, publicado no Informativo 381 do STF em 28.03.2005.



4.1 AS FUNÇÕES DO ESTADO

Em tempos remotos, a defesa dos interesses era exercida diretamente pelas partes envolvidas, que, por intermédio da força e da inteligência, faziam prevalecer sua vontade, em prejuízo evidente para os mais fracos e desfavorecidos. Tempos de autotutela, insegurança jurídica e de total desrespeito pelos direitos fundamentais.

A evolução das instituições estatais, entretanto, desde a República, preconiza o exercício de três funções distintas para viabilizar a convivência do homem na *polis*. São elas: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. Com amparo nessas lições, desenvolveram-se as relações de poder do Estado absolutista, cuja divisão de funções se concentrou nas mãos do soberano para, em nome de Deus, legislar, administrar e julgar.

A superação desse modelo estatal, absolutista, por um modelo liberal passa pelas lições iluministas de Montesquieu,[75] que propôs uma segunda divisão, dessa vez, de caráter material, para afirmar a independência e a autonomia dos poderes. É dizer: as funções passam a ser exercidas por poderes distintos. A fonte de legitimidade para o exercício do poder estatal deixa de ter origem divina e passa a decorrer da lei, com predeterminações imperativas,

prévias e necessárias para antever os limites de seu exercício. Nessa quadra da história, registre-se, a jurisdição se afirma como um dos poderes estatais. Ancorado nesses ideais, o Direito passa a ser concebido em bases racionais e cartesianas, desindexando-se da faticidade por consequência da isonomia formal, para se tornar: previsível, seguro e universal. Essas premissas foram determinantes para que a jurisdição, aos poucos, fosse compreendida como função exclusiva do Estado, consagrando o que ficou conhecido como monopólio de jurisdição.

Como sabemos, as promessas modernistas de justiça, pautadas por leis gerais e abstratas que pouco dialogavam com a população, foram insuficientes para atender os reclames de uma sociedade profundamente desigual e, por essa razão, setores organizados reivindicaram uma releitura dessa função estatal que hoje, na pós-modernidade, ainda se apresenta como via institucional para resolver conflitos, trazendo consigo toda a tradição jurídica desenvolvida acerca das garantias processuais. Há, entretanto, a compreensão compartilhada na doutrina brasileira de que esta é apenas uma das possibilidades, ao lado de muitas outras vias adequadas para a composição do conflito.

Não é possível negar, atualmente, novos espaços decisórios constitucionalmente legítimos e adequados para o melhor desempenho do sistema de justiça. Falar de jurisdição, portanto, é falar não apenas da função pública e formal exercida desde a contratação do Estado Liberal, mas de todas as possibilidades de respostas institucionais que, por orientação de direitos e garantias fundamentais, sirvam aos ideais da democracia substancial e do diálogo com a faticidade, para a solução e a prevenção de conflitos. Na doutrina especializada, destaca-se a pesquisa de Ângela Espíndola, para quem a crise do sistema de justiça demanda muito mais que as frequentes reformas processuais, sendo necessária uma reconstrução e refundação democrática da jurisdição, elencando, para tanto, seis argumentos:

> a) vivemos em uma época de transição paradigmática, onde os modelos jusnaturalistas e positivistas são insuficientes

> para dar conta dos desafios da emergência dos novos direitos e da complexidade da sociedade de massa; b) o Estado Democrático de Direito não se consolidou como esperado, resultando em um Estado contemporâneo inesperado; c) a superação do déficit de democracia exige o incremento dos mecanismos de acesso à justiça sem deslocar o problema da concretização dos direitos como responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário; d) as pressões e expectativas crescentes transferidas para o Poder Judiciário deixam a descoberto seus limites para a resolução de problemas que exigem respostas de ordem executiva e administrativa ou legislativa; e) a crise paradigmática e o déficit democrático impõem uma renovada compreensão (uma refundação) do direito processual, seus princípios e sua dogmática, seja no contexto processual civil, penal ou trabalhista, seja no que tange ao direito processual constitucional; f) os princípios constitucionais processuais são essenciais para a reconstrução e refundação democrática da Jurisdição, sem esvaziar ou superdimensionar o papel do Judiciário ou o papel das partes, valorizando a busca de uma efetividade jurídica e jurisdicional na democratização do direito processual.[76]

Sendo esse um dos temas da teoria geral do processo, seguiremos com uma apresentação formal e, em seguida, desenvolveremos, em capítulo próprio, as outras vias adequadas para o exercício da jurisdição, numa perspectiva contemporânea que, pelas razões expostas, carece de um sentido mais crítico e dialógico, não sendo possível sustentarmos, atualmente, simples reformas ou adequações pontuais para salvaguardar seus aspectos históricos. Dito de outra forma: o conceito tradicional se mostra incompatível com a pluralidade da democracia substancial e demanda uma nova percepção, pois o sentido tradicional, aqui, já não viabiliza a produção democrática do Direito.

4.2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Uma análise etimológica da expressão jurisdição nos revela que o sentido literal deriva do latim “iuris dictio” representando a função do Estado de dizer o direito para compor a lide. Esta concepção, aceita ainda hoje por vários estudiosos do tema, já não encontra guarida nos contornos da modernidade, sendo necessário compreender a evolução de seu significado para adequá-lo aos atuais ditames constitucionais.

Para Chiovenda,[77] a jurisdição é definida como a função do Estado de atuar a vontade concreta da lei em exercício de um poder soberano que, em substituição da vontade dos particulares, declara a existência de direitos preexistentes.[78] Sem prejuízo do necessário contexto histórico em que a tese é desenvolvida, com referências metafísicas, em que sentidos são previamente determinados pela essência das coisas, não se pode deixar de observar que por essa via, minorias hoje constitucionalmente reconhecidas seriam invisíveis, já que por muitos anos sequer foram contempladas pelo Direito. É dizer: num ordenamento privatista e individualista, não havia normas pré-existentes que reconhecessem direitos às minorias.

Já com arrimo na doutrina de Carnelutti,[79] a jurisdição é concebida como a atividade estatal de obter a justa composição da lide, aqui compreendida como elemento essencial da jurisdição.[80] Por essa linha, a lide torna-se um elemento essencial da jurisdição, com a conclusão de que a resolvê-la, pela vai estatal, alcançaríamos a paz social que aqui se apresenta como finalidade da própria jurisdição. Em contraponto, contatamos hoje que a resolução da lide apenas torna o fato juridicamente irrelevante sem com isso necessariamente pacificar as desavenças sociais. Em termos práticos, isso significa dizer que nem sempre, ao final do processo, a decisão judicial promove justiça e nem sempre ela dissipa a tensão entre as partes, que podem seguir pela vida, insatisfeitas com o resultado.

Para Mauro Cappelletti, a jurisdição segue em sentido oposto àquele defendido por Chiovenda, em que se afirma o caráter

meramente declaratório da jurisdição. Isso porque, aqui, a interpretação traz consigo certa atividade criativa.[81] Essa leitura, em boa medida, decorre do Estado Social que, como consequência, no processo, reduz o protagonismo das partes, característico do modelo liberal, para, em seu lugar, apostar num protagonismo judicial que evoca elementos políticos para que o Estado, por meio da jurisdição, efetive as promessas da modernidade, em nome de um bem-estar social. Com isso, trocamos o juiz “boca da lei” pelo juiz das finalidades sociais, sem que nesse processo tenhamos desenvolvido uma teoria da decisão judicial.

Sobre o tema, bem observa Nunes e Pedron que: “a legislação pode ser socializadora e oral, mas a condução do procedimento se dá como se a legislação fosse liberal e escrita”.[82] A consequência é logo percebida pela discricionariedade assujeitadora do intérprete que, por incontáveis visões de mundo, buscou legitimar respostas judiciais com referências morais para afirmar a proposta de bem-estar social, pelo mesmo procedimento cartesiano e desindexado do modelo liberal. Com isso, desenvolvemos a ideia de que o juiz, por suas próprias convicções poderia corrigir o direito e subverter a legislação, com fundamento em elementos externos, tais como: a política, a economia e a moral, em claro descompasso com o que hoje se defende pelos vieses da coerência e da integridade constitucionais.

Não se nega a contribuição da doutrina estrangeira, citada na obra de Chiovenda ou Carnelutti, pois mesmo hoje há quem defenda cada uma dessas ideias. Na conjuntura atual, entretanto, o conceito de jurisdição reclama uma leitura constitucional que no Estado Democrático de Direito deve necessariamente respeitar uma série de garantias constitucionais, consagradas em benefício da dignidade humana, da segurança jurídica e do direito a respostas constitucionalmente adequadas.

Perceba que hoje ainda se afirma, com ideais metafísicos, que a jurisdição serve para declarar direitos preexistentes. Da mesma maneira, podemos ler que a lide é elemento essencial da jurisdição ou que, em seu exercício, assumimos um papel criativo, com fins sociais que evocam para a decisão elementos políticos em nome do

Estado Social. Tudo isso, ao final, evidencia a permanência dessas ideias na doutrina brasileira, que, por vezes, ainda hoje, embasam respostas judiciais.

Já com base nas lições constitucionais do segundo pós-guerra e da retomada do diálogo com a faticidade, por meio dos princípios e da isonomia material, é possível concluir que a aplicação do Direito deve imperiosamente atentar para os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à tutela adequada, que não se sustenta em alicerces antigos, pela supremacia de uma lei desindexada da realidade, nem pelo positivismo exegético acrítico que limitava a atuação jurisdicional ao mero exercício declaratório do Direito.

No sentido do texto, Luiz Guilherme Marinoni vai dizer que:

> O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. (...) o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto.[83]

Nessa nova fase processual, entendemos que as promessas da modernidade e do bem-estar social, ainda hoje inalcançadas pelo jurisdicionado brasileiro, fundamentam alterações no emprego das técnicas legislativas que, aqui, ainda seguem por procedimentos cartesianos e predeterminados, mas já empregam princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais para, em alguma medida, dialogar com a especificidade da demanda. É dizer: há um procedimento processual predeterminado, que conduz o exercício da jurisdição, mas nesse procedimento já empregamos princípios que gradativamente flexibilizam as possibilidades da resposta judicial. Nessa linha, por exemplo, admitimos o poder geral de cautela para que o juiz empregue medidas atípicas ou atue para

assegurar a então tutela antecipada, na presença de risco irreparável ou de difícil reparação. Conceitos vagos que perante a faticidade são delimitados e autorizam respostas imediatas para, ao final, entregar ao jurisdicionado, por meio de uma tutela adequada e nem sempre previamente delimitada, o bem da vida.

A tutela adequada, então, constitui-se como direito fundamental, assegurando ao cidadão que o exercício da função jurisdicional por qualquer membro do Poder Judiciário deve imperiosamente observar as garantias constitucionais, sob pena de frustrar as premissas do Estado Democrático de Direito.

Neste moderno prisma constitucional, e para tanto consideramos as garantias inseridas pela tradição, a atividade jurisdicional de há muito não se limita a declarar direitos, vez que seu maior compromisso hoje se pauta pela efetividade do direito material deduzido em juízo. Assim, por exemplo, para além do reconhecimento do crédito, deve o Estado se estruturar para assegurar sua percepção real. Essa função estatal que, pelo quanto aqui já se afirmou, é interpretada em acordo com os paradigmas da atualidade – para além de simplesmente declarar a existência ou inexistência de um direito material preexistente –, deve imperiosamente primar pela efetividade, de sorte a observar, no exercício da jurisdição, os efeitos práticos das promessas constitucionais. Não por outra razão, já se afirmou em boa sede doutrinária, que o mais adequado, atualmente, seria compreender o termo jurisdição como *juris satisfação.*

Considerando a já demonstrada influência do tempo na percepção semântica, passamos a apresentar um novo sentido de jurisdição, em acordo com as garantias constitucionais e o primado contemporâneo do devido processo legal, hoje definido como função exercida por terceiro imparcial para, mediante um processo, declarar, efetivar, proteger ou integrar situações concretamente deduzidas em juízo de modo imperativo, coerente e integrado com nossa tradição jurídica.

Incorporaram-se ao conceito, portanto, para além da declaração e da efetividade, também a proteção e a integração como elementos da atividade jurisdicional. Assim, por exemplo, se justifica seu

exercício quando um casal, ao ver soçobrar sua relação matrimonial, procura em acordo propor o divórcio consensual.[84] Nesse caso, a jurisdição serve de vertente jurídica para que a vontade dos particulares possa produzir os efeitos colimados, integrando esse desejo que, somente após a homologação estatal (administrativa ou judicial), pode justificar a alteração do estado civil. Outra situação, também contemplada pelo conceito de jurisdição, refere-se à proteção, e claramente se exemplifica pelas tutelas preventivas, em que o fim almejado se perfaz pela tentativa de evitar a lesão.

Uma vez exposto o conceito de jurisdição, passamos a considerar seus limites cronológicos e semânticos. É dizer: até que momento se pode exercer a atividade jurisdicional e quais os critérios legitimadores da atuação judicial, quando em resposta ao direito material concretamente deduzido em juízo, se tiver que supostamente declarar o sentido do texto?

Esses limites se encontram pela existência do processo, isto em função de a atividade processual servir de veículo condutor para o exercício da jurisdição. Assim, com o término do processo estará também encerrada a possibilidade de se obter em juízo a declaração, efetivação, proteção ou integração de um direito material, vez que a decisão judicial, desde que submetida a algumas exigências legais, será coberta pelo manto da imutabilidade.

Essa possibilidade de emprestar definitividade ao resultado da atividade jurisdicional, aqui representada pela decisão judicial, de há muito se justifica pela segurança jurídica, e ainda hoje lhe serve como traço marcante e característico.[85] Por isto, a decisão obtida em resposta da atividade judiciária pode, de fato e de direito, ser compreendida e executada sem que o futuro lhe permita aleatoriamente uma revisão.

O segundo ponto se correlaciona com o limite hermenêutico exercido pelo magistrado que, no exercício da função jurisdicional, se vê muitas vezes compelido a delimitar textos vagos, de sorte a entregar ao cidadão, como fruto de sua interpretação, a norma reguladora do caso concreto. Em linhas mais simples: o juiz cria

direitos ao interpretar o ordenamento e entregar a norma? Se há limites, quais seriam as suas referências? Vejamos.

O exercício da jurisdição, por vezes, emprega textos de baixa densidade semântica ou oferece menções exemplificativas para o alcance do resultado prático pretendido pelo jurisdicionado. Veja-se, por exemplo, o teor do art. 536, § 1º, do CPC/2015, que estabelece para o juiz o dever de determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, adotando, dentre outras possibilidades: "a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial". Esse rol demonstra, com alguma clareza, que o trato de situações peculiares, atualmente, não é feito com disposições predeterminadas. Explique-se: ao retomar o diálogo com a faticidade, deparou-se o legislador com a peculiaridade do caso concreto. Para permitir uma resposta adequada, a seara processual passou a utilizar novas técnicas legislativas, de sorte que a abertura do texto permitisse ao hermeneuta empregar sentidos condizentes com a multiplicidade das questões deduzidas em juízo. Assim, por exemplo, deve-se considerar a capacidade contributiva do réu e a gravidade da lesão para, em momento posterior, lhe indicar o percentual da multa diária pelo descumprimento da decisão.

Oportuno ainda o registro de que a execução ou cumprimento da decisão judicial deve levar em conta a complexidade da obrigação para a estipulação do prazo. Dois dias podem ser mais que suficientes para o adimplemento de uma obrigação de pintar o muro de uma pequena escola, mas é absolutamente desarrazoado exigir que no mesmo lapso temporal se construa um barco ou se altere todo o procedimento de uma instituição bancária.

Essa abertura semântica permite ao magistrado desenvolver o procedimento para a entrega da decisão, e isto se revela pela "aparente" liberdade legislativa que, ao empregar termos vagos, possibilita sua definição diante da particularidade. Essa função interventiva que mais modernamente se atribui ao Poder Judiciário, sob a expectativa de efetivar o texto constitucional, de certo modo revela a superação da clássica divisão de funções.

Há, entretanto, limites para o exercício da interpretação, e essa referência, ao quanto aqui se procura afirmar, encontra-se na tradição jurídica, construída no espaço público, pelo viés dos Direitos Fundamentais. Com isso, embora concordemos com o seu papel criativo, nos afastamos de Cappelletti na exata medida em que concluímos pela limitação institucional e compartilhada que, na democracia, não evoca questões morais e individuais para a implementação de um bem-estar social, mas, em seu lugar, emprega delimitações semânticas pela tradição jurídica, construída pelos vieses da coerência e da integridade.

Talvez seja esse o momento de refundamos os institutos fundamentais do processo, como propõem Pedron e Espíndola, pois, pela via já antiquada e incompatível com que ainda os empregamos, penso que já não é possível “salvá-los”.

4.3 ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

Como fruto da soberania estatal, a jurisdição é una e indivisível, mas, para fins didáticos, pode-se conceber uma divisão formal, assim, podemos sustentar que, em razão da pretensão deduzida em juízo, a jurisdição se divide em cível e penal. Na jurisdição penal, quase sempre o Estado exerce a função diante de pretensões punitivas. O estudo dessa espécie de jurisdição é feito pelo Processo Penal. A jurisdição civil, por sua vez, é delimitada por exclusão, assim, ao que não estiver submetido à seara criminal.

Adotando-se o critério da hierarquia, a jurisdição apresenta-se em graus inferiores e superiores. A jurisdição inferior, por sua vez, é exercida por quem detiver a autorização legislativa para conhecer da questão em caráter original. Frequentemente, esta função é exercida por intermédio de juízes, em decisões monocráticas.

Já a jurisdição superior é exercida por quem detiver autorização legislativa para rever a decisão originária, diz-se então que esta é uma jurisdição derivada ou recursal, frequentemente exercida por órgãos colegiados, a exemplo dos tribunais estaduais e federais.

Assim, se uma ação de indenização fosse proposta perante uma das varas cíveis, este órgão, por intermédio do juiz singular, estaria exercendo a jurisdição inferior ou originária, ao passo que, se um recurso fosse interposto para combater a decisão, sua revisão poderia se dar perante outro órgão, desta vez, em decisão colegiada ou recursal.

Quanto ao órgão que exerce a jurisdição podemos ter: comum ou especial. Diz-se que a jurisdição é especial quando for necessário que o caso, posto sob apreciação judicial, reclame órgão específico. Em acordo com a escolha política do constituinte, nós temos como especiais as jurisdições trabalhista, militar e eleitoral – todas com seus próprios tribunais.

Já a jurisdição comum, segundo as diretrizes gerais da Constituição, são as jurisdições estadual e federal.

JURISDIÇÃO: CONCEITO

Função atribuída a terceiro imparcial para, mediante um processo, **reconhecer, efetivar, proteger** ou **integrar** situações jurídicas concretas deduzidas de modo imperativo e criativo.



4.4 PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

Há pelo menos quatro princípios que costumeiramente são associados à jurisdição: (i) territorialidade; (ii) indelegabilidade; (iii) inafastabilidade; e (iv) juiz natural.

A territorialidade se justifica pela relação da soberania, necessária para impor as decisões institucionais, pela via tradicional da jurisdição pública. Sobre o tema, destaca-se a área territorial sobre a qual um órgão do Poder Judiciário pode exercer a função, assegurando o cumprimento de suas decisões.

A indelegabilidade empresta a medida da responsabilidade com que magistrados, desembargadores, ministros e auxiliares da justiça devem conduzir o exercício da função jurisdicional, não se admitindo, por exemplo, que atos decisórios sejam delegados de magistrados para chefes de secretaria, assessores ou estagiários. A ressalva é feita para os atos instrutórios ou de mero expediente, que servem como condutores da relação processual sem com isso apresentar conteúdo decisório. Nesse sentido, dispõe o art. 152, VI, § 1º, do CPC, ao tratar dos deveres do escrivão e do chefe de secretaria, que podem praticar atos meramente ordinatórios, e do juiz titular, que editará ato a fim de regulamentar essa atribuição.

Acerca da inafastabilidade, já fizemos as considerações devidas no estudo das normas fundamentais e, por essa razão, aqui, reiteramos apenas, pela proposta didática desse curso, que o art. 3º do CPC estabelece, com nova diretriz, que a apreciação jurisdicional não será excluída, quer se trate de ameaça, quer de lesão a direito, admitindo-se, na forma da lei, a arbitragem.

Encerramos com o juiz natural, já compreendido em páginas anteriores pelo binômio: competência e imparcialidade, ressaltando-se aqui o art. 5º, em seus incisos XXXVII e LIII, que respectivamente informam que não haverá tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

TERRITORIALIDADE

Art. 60. Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciária, a competência territorial do juízo prevento estender-se-á sobre a totalidade do imóvel.

INDELEGABILIDADE

Art. 152. Incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria:

VI – praticar, de ofício, os atos meramente ordinatórios.

§ 1º O juiz titular editará ato a fim de regulamentar a atribuição prevista no inciso VI [delegação de outros poderes judiciais].

INAFASTABILIDADE

Art. 3º Não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

JUIZ NATURAL

Art. 5º, CF.

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

4.5 JURISDIÇÃO PRIVADA: MEIOS PARAESTATAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com arrimo na doutrina de Carmona, sustenta-se a existência de uma jurisdição privada. Essa espécie de jurisdição melhor explicaria o fenômeno hoje conhecido como autotutela. Vejamos os argumentos dessa corrente.

A autocomposição demanda concessões recíprocas e, portanto, é fruto, muitas vezes, da conciliação alcançada pelas partes do litígio, cabendo ao Poder Judiciário somente homologar o acordo, após verificar o respeito para com as normas de interesse público.

Com a renúncia ao direito sobre o qual se baseia a ação, a exemplo do autor que renuncia ao direito de crédito numa ação de cobrança, temos a abdicação de uma das partes envolvidas que, pela prática deste ato, resolve o litígio, cabendo ao Estado apenas a homologação por sentença.

Já com o reconhecimento da procedência do pedido, temos a prática de ato unilateral que demonstra a submissão do demandado à pretensão do autor.

Perceba-se que, mais uma vez, foi o atuar das partes que resolveu o conflito, vez que ao Estado caberá apenas a fiscalização para a posterior homologação.

Em todos esses casos, podemos concluir que houve apenas uma atuação formal da atividade jurisdicional, em razão da resolução ter sido alcançada materialmente por vontade das partes, em acordo ou unilateralmente.

4.6 JUSTIÇA MULTIPORTAS

Desde a contratação do Estado, evidenciamos a tensão das relações entre os indivíduos que, sob as diretrizes legislativas, vivem em um sistema instável de ideais compartilhados no espaço público.

De início, com base na clássica divisão material de atuação do Estado, concluímos ser função exclusiva do Poder Judiciário compor litígios e pacificar conflitos sociais, o que, pelo desenvolvimento da ciência e pela influência dos Direitos Fundamentais, foi realizado mediante um Processo. Nessa quadra da História, falamos em monopólio de jurisdição, concluímos pela inutilidade de meios alternativos e concentramos esforços no emprego de uma resposta tradicional, institucional e, por vezes, desconectada dos principais interessados: os jurisdicionados. Esse modelo, entretanto, já não dialoga com a realidade.

O Processo Civil hoje passa por uma mudança estrutural e somente permanece constitucional pela capacidade de atualização, releitura e desconstrução. Eis a razão de estudarmos o que se convencionou chamar de Justiça Multiportas,[86] que aqui se afirma como meio adequado de resolução e prevenção de conflitos, muitas vezes viabilizando a entrega de respostas processualmente corretas e constitucionalmente adequadas ao cidadão.

Atenta a essa retomada do diálogo entre o Direito e a multiplicidade da democracia substancial, com a crescente complexidade das questões, hoje submetidas indiscriminadamente ao tradicional modelo jurisdicional, Rosalina Freitas afirma que:

> há demandas que veiculam matérias muito técnicas, que exigem conhecimentos específicos, não somente do ponto de vista da legislação aplicável, mas também do conhecimento não jurídico que está subjacente ao caso, bastando pensar, por exemplo, em temas como direito da concorrência, direito marítimo, aviação civil, petróleo, energia elétrica, telecomunicações, entre tantos outros.
>
> Esses tipos de demandas, justamente pela especificidade da matéria envolvida, podem ser mais eficientemente apreciados e julgados fora da estrutura do Poder Judiciário. A técnica especial em muitos assuntos torna impróprio o juiz para resolvê-las, sobretudo se for considerada a formação do magistrado brasileiro, eminentemente jurídica e generalista. [87]

Sobre o tema, ressaltamos que o sistema processual civil não estabelece qualquer predileção sobre os meios estatais e tradicionais de resolução de conflitos perante outras vias que se mostrem adequadas para esse mesmo objetivo comum de solucionar controvérsias. Como exemplo de meios adequados, ao lado da jurisdição tradicional, podemos identificar: arbitragem, conciliação, mediação, ODRs, *Disput Board* e uma série de outras vias, que cotidianamente ganham espaço nesse mosaico democrático de respostas constitucionais.

Identificar o meio adequado para a solução do conflito, para além da identidade dos envolvidos, também nos coloca questões como: os custos de seguir pela via judicial; qual a importância de resolver rapidamente a questão, já que temos todos ciência da inevitável morosidade judicial; e, ainda, a relevância do sigilo para o desenvolvimento da solução, já que hodiernamente o processo civil trabalha com a publicidade dos atos. Vejamos, em caráter exemplificativo, algumas dessas possibilidades.

4.6.1 Arbitragem

Em sua essência, a arbitragem se apresenta como sistema misto de composição de conflitos, estruturado primordialmente sob as bases da negociação e adjudicação, para que as partes envolvidas possam obter soluções satisfatórias de forma mais célere e adequada. Sua função primordial reside na solução consensual. Sobre o tema, eis a redação do art. 42 do novo Código: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

O árbitro deve dar início às negociações, estimulando o acordo para que em conjunto com as partes envolvidas possa estabelecer o procedimento adequado para a rápida solução do impasse. Para tanto, o árbitro deve assegurar o dever de esclarecimento durante a fase dos debates e ainda observar a correta e oportuna informação dos envolvidos, o que se faz costumeiramente por meio de laudos e relatórios. Essas funções de esclarecimento e informação se

justificam em função do procedimento arbitral em muito decorrer das experiências e peculiaridades do caso, vez que não há ordem preestabelecida para a prática desses atos. Com linhas mais simples, pode-se dizer que a aparente liberdade para a construção do procedimento arbitral afirma seu caráter negocial, de sorte que os envolvidos possam se valer de suas experiências na escolha da via processual.

Essa espécie de negócio jurídico processual (manifestação de vontade que objetiva produzir determinado efeito relativamente ao processo) hoje é reforçada pelo CPC nos termos de seu art. 190, permitindo às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, sendo possível, portanto, convencionar sobre poderes, deveres, faculdades e ônus, durante o processo ou mesmo antes dele.

A existência do negócio processual, advirta-se, não traduz qualquer sinal de arbitrariedade, vez que a construção do procedimento adequado é feita pelo crivo do contraditório e não afasta as garantias constitucionais. Dito de outro modo: a eleição das práticas procedimentais, por qualquer das vias, judicial ou arbitral, deve observar as referências do devido processo legal. Em função disto, os pedidos devem imperiosamente ser levados ao conhecimento da parte contrária, a fim de lhe garantir uma oportunidade para manifestação. Ainda em função do matiz constitucional, as partes podem impugnar a investidura do árbitro ou afastá-lo, se sua conduta não observar os critérios da habilidade, imparcialidade e disponibilidade.

A escolha do caminho arbitral, em função do quanto estabelecido pelo art. 1º da Lei 9.307/1996, demanda capacidade para contratar e reporta-se apenas aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Isto significa dizer que somente por vontade das partes se contrata a eleição do juízo arbitral que, mediante a convenção de arbitragem, pode ser entendida como: *cláusula compromissória* e *compromisso arbitral.* A cláusula compromissória nada mais é que a convenção das partes por meio da qual se comprometem, em determinado contrato, a submeter à arbitragem eventuais litígios decorrentes dessa relação jurídica. Essa cláusula, por força do art.

4º da mesma lei, deve-se apresentar pela forma escrita. Já o compromisso arbitral se caracteriza pela convenção das partes que já mediante um litígio resolvem recorrer à via arbitral para a resolução do conflito.

A eleição da arbitragem não afasta a via judicial nas hipóteses em que o direito reclame atuações urgentes ou, ainda, a execução das medidas provisórias, pois o árbitro não pode praticar atos executivos.

Sobre o tema, dispõe o art. 22-C da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2005, que o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Sobre a natureza peculiar da tutela de urgência cautelar, vale destacar a redação dos arts. 22-A e 22-B, também inseridos na lei de arbitragem pela já citada Lei 13.129/2015, que, acerca do tema, estabelecem a possibilidade de as partes recorrerem ao Poder Judiciário para a concessão de medidas de urgência. Nessa hipótese, cessará a eficácia da medida se o interessado não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias, contados da efetivação da providência judicial. Uma vez instituída, caberá ao árbitro proceder à manutenção, revogação e efetivação da medida, já concedida pelo Poder Judiciário.

Se, entretanto, a arbitragem já estiver instituída, a medida de urgência será requerida diretamente ao árbitro, devendo, portanto, sua execução correr perante o Poder Judiciário, uma vez que o árbitro não detém as mesmas possibilidades de constrição de um juiz de direito. Lembre-se, em função da oportunidade, que a escolha do árbitro sequer exige conhecimento jurídico específico, admitindo-se, portanto, que este não tenha formação em direito.

Questão de maior complexidade se apresenta pela seguinte indagação: as súmulas vinculantes se aplicam à arbitragem? A leitura imediata do texto constitucional identifica limites objetivos e subjetivos. A limitação objetiva se traduz pela matéria, vez que o enunciado sumular somente poderá versar sobre tema constitucional. Já a limitação subjetiva, decorre da indicação

prevista à altura do art. 103-A da CF, que estende a obrigatoriedade da súmula aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Não há, portanto, qualquer referência a particulares ou árbitros na redação empregada pelo constituinte, o que tem levado alguns doutrinadores a divergir de sua aplicabilidade na via arbitral. Isto, ao que nos parece, decorre de uma interpretação gramatical, e encontra defensores experientes na área da arbitragem.

Sobre o tema, assim se manifesta Júlia Dinamarco:[88]

> Com efeito, a despeito da obrigatoriedade de atendimento ao teor das Súmulas Vinculantes prevista no art. 103-A da Constituição pelos destinatários daquela norma, essa não passou a ser fonte de direito em nosso sistema. A obrigatoriedade da conduta de atendimento ao teor da súmula é restrita e como tal não inibe condutas divergentes ou mesmo pronunciamentos dissonantes com o seu teor, gerados por quaisquer outros que não os destinatários da Súmula Vinculante.

Sem prejuízo das lições encampadas acima, ousamos divergir, pois se a interpretação constitucional for concebida dentro da tradição e sob o prisma da virada ontológico-linguística, retratando com isso a influência social na percepção do sentido jurídico, a atividade hermenêutica empregada pelo Supremo Tribunal Federal e sua posterior aplicabilidade aos casos concretos não podem ser desprezadas pelo homem, seja este árbitro ou membro do Poder Judiciário. Dito de outro modo: a arbitragem não goza de liberdade para empregar sentidos aleatórios nem para desconsiderar os efeitos da tradição constitucional na regulamentação da vida social. Assim, a ausência de expressa indicação dos particulares ou árbitros no texto constitucional em absoluto justifica liberdades interpretativas ou juízos de conveniência pela aplicabilidade do enunciado sumular, se este mesmo enunciado traduz as referências históricas e culturais de determinado contexto social.

4.6.2 Conciliação

A conciliação se afirma como meio adequado para a resolução de conflitos em que as partes buscam chegar a um acordo com o auxílio de um terceiro imparcial. Por essa via, uma pessoa capacitada atua em relações que não apresentam vínculos de continuidade e o conflito é tratado de modo a atender os interesses imediatos das partes, para viabilizar a composição. Foca-se mais na aplicação do direito envolvido que nas relações pessoais, objetivando, dessa forma, o encerramento da disputa.

Em ambos os casos, mediação e conciliação, temos por objeto direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, e sua aplicação é incentivada em diversos momentos do Código de Processo Civil, com destaque para seu art. 334, que versa sobre a audiência inicial de conciliação ou mediação, para a qual autor e réu devem comparecer, se não houver recusa bilateral ou qualquer outra escusa legal, sob pena de praticarem ato atentatório à dignidade da justiça.

A previsão legal que aponta inicialmente para uma tentativa de conciliação ou mediação já na abertura da relação processual reflete movimentos anteriores de acesso à justiça, tais como o II Pacto Republicano, assinado em 13 de abril de 2009, para consagrar o compromisso dos três Poderes da República para com outros meios compositivos; a Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e sua complementação, pela Resolução 50/2014, também do CNJ, que, dentre outras providências, determina a criação de juizados de resolução alternativa de conflitos, com verticalização e abordagem especializada da matéria.

Sem prejuízo de toda essa atualização normativa, devemos internalizar que os chamados meios alternativos, hoje compreendidos corretamente como meios adequados de solução de conflito, para além da escolha, o que, na crítica de Michele Taruffo,[89] só se justifica se os meios em curso forem equivalentes, devem retratar o Direito Fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa,

que entendemos, não se confunde com a ordem jurídica exclusiva e, por vezes, ineficientes da via judicial.

4.6.3 Mediação

O conceito de mediação é previsto pelo art. 1º da Lei 13.140/2015, que a define como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Nesse contexto se insere a Administração Pública, que também pode se valer da mediação como via adequada para a solução de conflitos.

Em sentido complementar, informa o CPC, ao tratar da mediação judicial, que essa atividade deve ser exercida, preferencialmente, em casos onde já exista vínculo entre as partes, o que em certa medida também demonstra um atuar mais preocupado com o resgate, a manutenção ou mesmo a reconstrução das relações pessoais e aqui, registre-se, uma vez mais, que já na abertura da relação processual o réu é citado para comparecer a uma audiência de mediação ou conciliação, em inequívoca predileção por essa via, muitas vezes adequada, de solução de conflitos.

O art. 2º a Lei de Mediação apresenta os seguintes princípios informadores da mediação: “I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa fé”. Todos eles, advirta-se, servem também para orientar a conciliação e são compreendidos, interpretados e aplicados pela proposta já defendida pelos vetores hermenêuticos de coerência, integridade e estabilidade.

Ao tratar do procedimento, o legislador estabelece disposições comuns à mediação extrajudicial e judicial e, logo em seguida, entre os arts 21 e 23, especifica o rito da via extrajudicial, com a racionalidade necessária para que tenhamos segurança em optar por uma solução fora do âmbito judicial. Sobre o tema, vale registrar que o acordo celebrado constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título judicial.

Nessa mesma lei, prevê-se a possibilidade de as partes pactuarem uma cláusula de mediação que, por consequência, estipula para as partes o dever de comparecer à primeira reunião de mediação. Havendo previsão contratual de mediação em que as partes se comprometam a não iniciar procedimento judicial ou arbitral durante prazo determinado ou mesmo até o implemento de condição, o árbitro ou o magistrado deve suspender o curso do procedimento, seja ele arbitral, seja judicial, para preservar os termos do acordo. Ressalva-se, entretanto, o acesso às medidas de urgência em que a atuação judicial seja necessária para assegurar a tutela adequada. Aqui, destaca o legislador a prioridade pela mediação quando esta for a via previamente eleita pelas partes. Merece destaque, ainda, seu art. 46, que autoriza o exercício dessa atividade pela internet ou qualquer outro meio de comunicação que viabilize a transação a distância se com isso concordarem as partes.

Já a mediação judicial, sem prejuízo das disposições anteriores, é detidamente regulada pelo CPC, que em seu Capítulo III, Seção V, dedica alguns dispositivos à mediação e à conciliação, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, evocando, para ambos, as causas de impedimento e suspeição previstas para todos os sujeitos do processo.

Ao identificar os princípios da mediação, o CPC apresenta sete dispositivos: (1) independência; (2) imparcialidade; (3) autonomia da vontade; (4) confidencialidade; (5) oralidade; (6) informalidade; e (7) decisão informada. É certo que há divergências entre a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil, mas para resolver eventuais antinomias, entendemos que uma interpretação sistemática pode e deve ser empregada como ferramenta para a construção de resultados constitucionalmente adequados e eficazes para a resolução do conflito. Perceba, por exemplo, que a Lei de Mediação e o CPC enumeram diferentes princípios orientadores da atividade que, ao final, formam um todo articulado e autocomplementar. É dizer: mais do que embate, temos já aqui, pelas disposições normativas, um diálogo de fontes, com resultados promissores para o próprio acesso à justiça.

Desenvolvendo essa compreensão sistemática da legislação, verificamos que o art. 165 do CPC, em complemento à Lei de Mediação, orienta os tribunais a criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, com responsabilidade para realizar sessões e audiências de mediação ou de conciliação, bem como implementar projetos de orientação, auxílio e estímulo à autocomposição.

4.6.4 ODRS

As plataformas de resolução de conflito *on-line* (ODRs) foram desenvolvidas com a mesma celeridade que migramos para os meios digitais e, hoje, representam uma via célere e eficaz quando comparada ao tradicional modelo de jurisdição estatal. A busca por essas plataformas cresce exponencialmente e traduz, em certa medida, a migração social de muitas atividades para o ambiente virtual. Note que muitos dos conflitos decorrentes de relações consumeristas hoje são resolvidos pelo próprio aplicativo que viabiliza a realização do serviço ou a entrega do produto. Muitas queixas são registradas diariamente em *sites* como o Reclame Aqui e mesmo por meio de plataformas institucionais, como o consumidor.gov.br. Assim, temos a possibilidade de atuar diretamente na solução do conflito, com alto índice de sucesso.

Na esteira dessa modalidade adequada de resolução de conflitos pelo ambiente virtual, destacamos a plataforma Modria, hoje considerada uma das melhores do mundo, que emprega inteligência artificial para o sucesso do processo de composição do litígio. Em resumo, podemos compreender esse processo em quatro etapas: (1) há o diagnóstico do problema, pelo emprego da tecnologia, que usa o banco de dados e apresenta para os envolvidos informações relevantes sobre o tema, com base em casos semelhantes. Com isso, temos uma participação informada que, em termos práticos, possibilita uma melhor análise do tempo, do custo e das probabilidades de sucesso; (2) abre-se a possibilidade de negociação direta entre os envolvidos. Nessa etapa, promove-se o emprego da inteligência artificial para que, com base em casos

semelhantes, o sistema consiga apresentar possibilidades de solução consensual do conflito; (3) se for necessário, a plataforma disponibilizará um mediador humano para atuar na solução do conflito; e, por fim, (4) diante do insucesso das etapas anteriores, o caso é encaminhado para a avaliação do resultado com possível envio, caso a conclusão não seja satisfatória, para a via tradicional da jurisdição estatal.

Sobre o tema, merece destaque a Resolução 335, de 29 de setembro de 2020, que institui a Plataforma Digital do Poder Judiciário e implementa a política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico, por meio de uma construção comunitária que envolva todos os tribunais do país na apresentação e na utilização das melhores soluções tecnológicas para o aproveitamento comum. Destaca-se, ainda, a Resolução 354/2020 do CNJ, que regulamenta as audiências virtuais de mediação e conciliação, o que reforça o emprego das ODR's no âmbito institucional.

A questão torna-se ainda mais relevante pela compreensão, já sinalizada pela doutrina e pela jurisprudência, de que o interesse de agir, pela via da necessidade do provimento jurisdicional, pressupõe a impossibilidade ou o insucesso da resolução do conflito pelas plataformas virtuais institucionais. É dizer: para demonstrar o interesse de agir, pela vertente da necessidade do provimento estatal, o jurisdicionado deverá, em momento anterior à propositura da demanda, comprovar o fracasso ou a impossibilidade de resolução pela ODR. O tema é polêmico e demanda uma releitura e possível atualização do sentido que empregamos por acesso à justiça. Por essa razão, temos que acompanhar e participar dos debates, no espaço público, para assegurar a produção democrática do Direito.

4.6.5 *Dispute board*

O *Dispute Board* ou Comitê de Resolução de Disputas é um mecanismo de prevenção de conflito, de natureza contratual, que prevê a formação de um comitê com experientes profissionais para

acompanhar, em razão de seus conhecimentos técnicos, pertinentes ao caso concreto, o andamento de projetos frequentemente ligados a contratos de construção ou obras estruturais, a fim de prevenir conflitos ou solucionar controvérsias.

Sua existência já foi registrada no STJ, pelo REsp 1.569.422/RJ, e, mais recentemente, pelo Conselho da Justiça Federal, que sobre a matéria aprovou os seguintes enunciados:

> Enunciado 49. Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no parágrafo 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.
>
> Enunciado 76. As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.
>
> Enunciado 80. A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.



ATENÇÃO

O *Dispute Board*, ou Comitê de Resolução de Disputas, é um mecanismo de prevenção de conflito, de natureza contratual, que prevê a formação de um comitê com experientes profissionais para acompanhar, em razão de seus conhecimentos técnicos, pertinentes ao caso concreto, o andamento de projetos frequentemente ligados a contratos de construção ou obras estruturais, a fim de prevenir conflitos ou solucionar controvérsias.

Sua existência já foi registrada no STJ, pelo REsp 1.569.422/RJ, e mais recentemente, pelo Conselho da Justiça Federal, que sobre a matéria, aprovou os seguintes enunciados:

(i) "Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são um método de solução consensual de conflito, na forma prevista no parágrafo 3º do artigo 3º do CPC".

(ii) "As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada".

(iii) "A utilização do *Dispute Board*, com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata

resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”.

[75] MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Brasília: UnB, 1995.

[76] ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 8, n. 3, 3º quadrimestre de 2013, p. 2.103.

[77] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II, p. 37.

[78] Essa teoria, declaratória ou dualista, afirma que o direito subjetivo já existe antes da atuação judicial, que apenas o declara e confirma. Advogando tese contrária, Kelsen defende uma outra teoria, a unitarista, segundo a qual o direito só surge com o exercício da atividade jurisdicional.

[79] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

[80] Sobre este tema, consultar: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44 e ss.; JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987. p. 11-13.

[81] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 21-22.*

[82] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 95.

[83] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005. p. 13-66.

[84] Sobre a possibilidade de o divórcio consensual tramitar pela via administrativa, com o advento da Lei 11.441/2007, registre-se, em função da oportunidade, que mesmo para os casos previstos nessa lei, o que se coloca para o jurisdicionado é uma opção, de sorte que em qualquer das hipóteses poderá o cidadão avaliar a conveniência de escolher a via judicial.

[85] Essa característica do ato jurisdicional é registrada pelo art. 502 do CPC, que denomina coisa julgada material, a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[86] SANDER, Frank J. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russel R. *The pound conference*: perspectives of justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979. p. 84.

[87] SOUZA, Rosalina Freitas Martins de. *Por uma função jurisdicional adequada*: proposta de releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Curitiba: Appris, 2021. p. 41.

[88] DINAMARCO, Júlia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira;

CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 70.

89 TARUFFO, Michele. Unálternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *RePro* 152, ano 32. São Paulo: RT, out. 2007, p. 328 e ss.



5.1 O MAGISTRADO

O ingresso nos quadros da magistratura decorre da realização de concurso público de provas e títulos, que o habilita para representar o Estado no exercício da jurisdição. O CPC/2015 lhe dedica uma série de disposições, previstas entre os arts. 139 e 148, com destaque para a responsabilidade política da decisão e a previsão de impedimento e suspeição em algumas hipóteses, por corolário do juiz natural e sua exigência de imparcialidade no exercício da função jurisdicional.

Considerando a proposta constitucional de igualdade substancial, pode-se concluir pelo acerto legislativo em disponibilizar novos instrumentos normativos, aqui demonstrados pelos princípios, em sua dimensão de padrão institucional, já que, por meio deles, retomamos o diálogo com a faticidade e as peculiaridades do caso concreto. Dito com linhas mais simples: o magistrado, nesse novo sistema processual, conta com conceitos indeterminados, princípios e cláusulas gerais quando da aplicação do Direito. Como não há liberdade sem responsabilidade, a delimitação de todo esse arcabouço normativo, de início abstrato e geral, como os princípios da adequação, proporcionalidade ou razoabilidade, ao final, é feita pelos vetores hermenêuticos da coerência e da integridade, em

linhas anteriores percebidos como diretrizes institucionais para a aplicação das normas processuais. Deve-se, pois, redobrar os cuidados com a fundamentação da decisão, a fim de que o resultado não traduza uma opinião particular de mundo que, muitas vezes, sequer se adequa às diretrizes constitucionais.

Com estribo nas lições de Barbosa Moreira,[90] os poderes jurisdicionais conferidos ao magistrado destacam-se em razão da finalidade, com o que se consubstancia a legitimidade para a entrega da decisão, e dos poderes-meios, estes, com nítido caráter instrumental, que se apresentam durante a direção e instrução da relação processual.

O desempenho dessa atividade, por óbvio, reclama uma série de garantias políticas, conferidas ao Poder Judiciário como instrumento necessário para a realização soberana e independente de suas funções.[91]

Dentre outras prerrogativas, estudadas nesta obra, em decorrência das normas processuais, faremos, inicialmente, um estudo das disposições constitucionais.

5.2 PRERROGATIVAS

A Constituição confere vitaliciedade ao magistrado que, no primeiro grau, só poderá ser adquirida após dois anos de exercício, admitindo-se, no entanto, que a perda do cargo durante esse período ocorra por deliberação do tribunal ao qual o juiz estiver vinculado. Em função do quanto previsto nos arts. 93, VI, e 40, § 1º, da CF, essa garantia não elide, entretanto, o afastamento compulsório aos setenta anos de idade com proventos proporcionais, ou, aos 75 anos de idade, na forma da lei complementar, por força da Emenda Constitucional 88, de 2015.

Deve-se ainda considerar a possibilidade de a aposentadoria compulsória se justificar por interesse público, ou que, pelo mesmo motivo, se coloque o magistrado em disponibilidade. Para tanto, é necessário que opine favoravelmente a maioria absoluta dos membros do tribunal ao qual o juiz estiver vinculado.

Essa mesma prerrogativa, por força do art. 93, VIII, da Constituição, pode ser exercida pelo Conselho Nacional de Justiça. Para os demais casos admitidos em lei, a perda do cargo demandará decisão judicial transitada em julgado.[92] Garante ainda o legislador, por intermédio do princípio da inamovibilidade, que, apenas por interesse público, possa o magistrado ser removido da comarca onde exerce a atividade jurisdicional, e, ainda, a irredutibilidade de subsídios.

Sem prejuízo dessas garantias, a redação constitucional estabelecida pelo art. 95 impede os magistrados de: dedicar-se à atividade partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, bem como, ressalvadas as exceções previstas em lei, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; ou exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério. Veda-se também, dentro do prazo de três anos a contar de seu afastamento, seja este por aposentadoria ou exoneração, o exercício da advocacia perante o juízo ou tribunal onde exerceu função jurisdicional.

Em função da linha intelectual defendida nesta obra, consideramos que a atuação judicial, promovida com absoluto respeito à Constituição Federal, segue parâmetros hermenêuticos, democraticamente construídos, em prol dos direitos fundamentais. Há, portanto, que se considerar a responsabilidade política na compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

5.3 RESPONSABILIDADE POLÍTICA

A interpretação/aplicação do direito processual não pode se limitar aos ditames legislativos, pois de há muito se superou a vertente exegética do positivismo. Dito de outro modo: a existência de um juiz “Boca da lei” não se coaduna com a proposta democrática do Estado brasileiro, vez que a regra e sua correlata especificidade não contemplam a faticidade da vida.[93]

Pela mesma razão de incompatibilidade com o projeto constitucional, que, pela coerência e integridade, procura assegurar a produção democrática do Direito, correntes ideológicas liberais-individualistas, ancoradas a um positivismo normativo – que hoje se apresenta pelo “juiz dos princípios” –, que investem na discricionariedade assujeitadora do intérprete, também não traduzem os ideais do moderno sistema processual. Veja-se, por exemplo, que, para boa parte da doutrina nacional, o magistrado dos princípios, valendo-se da aparente liberdade positivista, pode, diante do caso concreto, densificar enunciados genéricos e assegurar a entrega adequada da decisão judicial apenas com base na sua consciência. Com outras linhas: a liberdade para interpretar e densificar os enunciados genéricos dos princípios constitucionais e processuais é, para essa corrente intelectual, a chave para a proteção do homem, que, por intermédio do processo, pode, enfim, afirmar sua dignidade.

Por tudo o quanto aqui se pontuou sobre os vetores hermenêuticos na interpretação do sistema normativo, conclui-se, com amparo na integridade, que os princípios, enquanto padrões éticos de determinada sociedade, ao revés de ampliarem as possibilidades de interpretação, as restringem, na exata medida em que os contornos são antecipados pela comunidade jurídica. Na prática, essa referência impede, por exemplo, que decisões sejam fundamentadas em termos vagos ou em convicções pessoais, sem o necessário exercício do contraditório e de eventual constrangimento das convicções de quem decide.

Sob esta perspectiva, assim se pronuncia o CPC/2015 em seu art. 8º, *verbis*:

> Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Essa redação, empregada pelo novo ordenamento processual, apresenta os balizamentos da interpretação/aplicação da lei, investindo em princípios de baixa conotação semântica, para que, por intermédio da responsável atuação judicial, exercida no caso concreto, sejam densificados, a fim de assegurar uma resposta constitucionalmente adequada. Dito de outro modo: o magistrado, no Estado Democrático de Direito, passa a ter um compromisso maior com os princípios e não pode, discricionariamente, lhes emprestar sentidos, em desrespeito à coerência e à integridade do Direito, pois, do contrário, repisaríamos as bases do positivismo normativo, relegando, à discricionariedade do intérprete, as percepções do projeto constitucional.

Por essa razão, estabelece o legislador, já à altura do art. 489, § 1º, II, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Nessa mesma perspectiva, atribui-se ao judiciário um papel contra majoritário, que afirma pelos direitos fundamentais, a favor da constituição, decisões que em boa medida se distanciam do senso comum em benefício de minorias constitucionalmente reconhecidas. É dizer: muitas vezes, para cumprir a determinação constitucional, não se deve seguir a voz das ruas. Essa tensão entre a democracia e o processo decisório político é registrado por Ingo Sarlet:

> A doutrina tem reconhecido que entre direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas dimensões da democracia. Apenas para que tal aspecto não fique sem referência, visto que não será objeto de desenvolvimento, aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contra majoritário (daí a noção corrente de que aos direitos fundamentais operam como verdadeiros “trunfos”

> contra a maioria), que embora inerente às democracias constitucionais (já que sem garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.[94]

A leitura constitucional do processo, portanto, autoriza conclusões no sentido de que a atuação judicial, em tempos de princípios, cláusulas abertas e conceitos indeterminados, em vez de potencializar a discricionariedade, deve observar as lições da nossa tradição jurídica a fim de emprestar certo grau de previsibilidade às suas decisões.

5.4 DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL

Preliminarmente, devemos identificar se o Estado brasileiro é a autoridade competente para o exercício da jurisdição, isto porque admitimos que outro Estado exerça essa função, de sorte que a decisão possa, após as formalidades exigidas para a homologação de sentença, vir a produzir efeitos aqui no Brasil.

A competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar ações está determinada pelo art. 21 do CPC/2015, que afirma esse exercício nos casos em que o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; quando aqui tiver que ser cumprida a obrigação; ou, ainda, quando a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado em nosso país. Para os efeitos desse artigo, considera-se como domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Ainda sobre as hipóteses de exercício da jurisdição brasileira, o art. 22 estabelece hipóteses sobre as ações de alimentos quando: o

credor tiver domicílio ou residência no Brasil; quando o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos. Será também a justiça nacional competente para julgar as ações decorrentes das relações de consumo, nos casos em que o consumidor apresentar domicílio ou residência no Brasil, e, ainda, quando houver manifestação expressa das partes em submeter-se a juízo da autoridade brasileira.

Nas hipóteses ventiladas acima, há concorrência com uma possível jurisdição, a ser exercida por Estado estrangeiro. Sendo assim, mesmo que uma ação tenha sido proposta em outro país, a existência de processo anterior não afasta a competência nacional para processar a causa. Trata-se, pois, de uma relação concorrente, que, pelo mesmo motivo, também não autoriza os efeitos da litispendência.

Já com amparo na redação do art. 23 do CPC/2015, podemos afirmar que a competência para a atuação jurisdicional será exclusiva da autoridade brasileira quando as ações tratarem de imóveis situados no Brasil e quando se demandar o inventário e a partilha de bens lotados em nosso país, ainda quando o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Atenta ao desenvolvimento das relações sociais e aos desdobramentos econômicos das opções de constituição familiar, dispõe a redação do CPC/2015, pelos incisos desse mesmo artigo, novas hipóteses de competência exclusiva. São elas: divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, quando houver necessidade de se promover a partilha de bens situados no Brasil, ainda que seu titular tenha nacionalidade estrangeira ou possua residência e/ou domicílio fora do país.

Em respeito às diretrizes cogentes estabelecidas acima, deve-se entender por nula qualquer cláusula contratual que atribua competência exclusiva a Estados estrangeiros, pois a vontade das partes, nesse particular, cede diante do interesse público.

Não se pode concluir esta passagem sem antes considerar que há previsão legal para que a autoridade brasileira, no exercício da competência exclusiva, possa aplicar legislação estrangeira, se esta

última for mais benéfica para o cônjuge, os filhos ou quem os represente. Isto, em acordo com a redação empregada pelo art. 10, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

MAGISTRADO	
Quem é	Agente público do Poder Judiciário ao qual se atribui o exercício da função jurisdicional.
Investidura	O ingresso se dá mediante concurso público de provas e títulos. O candidato deve ter diploma de nível superior de bacharelado em Direito e pelo menos três anos de atividade jurídica.
GARANTIAS	
Vitaliciedade	O juiz de carreira só adquirirá a vitaliciedade após dois anos de estágio probatório. A perda do cargo, nesse período de dois anos, dependerá de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.
Inamovibilidade	Garante a permanência do juiz, na unidade judiciária em que formalmente lotado, ressalvando-se a possibilidade de mudança por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça.
Irredutibilidade de subsídio	Impossibilidade de redução, a fim de evitar pressões políticas, ressalvado o disposto

	nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da CF.
PODERES	
(i) Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (ii) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; (iii) exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; (iv) determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; dentre outros poderes.	
DEVERES	
(i) Assegurar às partes igualdade de tratamento; (ii) velar pela duração razoável do processo; (iii) prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; (iv) promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; (v) determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; (vi) quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o	

art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva; (vii) o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico; dentre outros deveres.

RESPONSABILIDADES

O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: (i) no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (ii) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse caso, a parte deve, antes, requerer ao juiz que determine a providência, atribuindo-se ao magistrado prazo de 10 (dez) dias para atuar.

[90] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55. (Oitava Série.)

[91] Tais garantias políticas levam o STF, equivocadamente, a entender pela impossibilidade de se obter, em juízo, reparação civil por erro judicial; isso ao argumento de que o exercício da jurisdição é feito por um Poder soberano. Esquece, no entanto, nossa Suprema Corte, que o mesmo raciocínio se aplica para o Poder Executivo, sem que se admita uma responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo.

[92] Registre-se, por oportuno, que a vitaliciedade não se confunde com a estabilidade dos servidores públicos, pois esta última admite que a perda do cargo também se dê por procedimento administrativo.

[93] A interpretação literal defendida sob a referência dessa espécie de atuação judicial remonta ao tempo positivista em que direito e moral se encontravam divorciados, de sorte que as leis, quase que em sua totalidade, reportam apenas o procedimento administrativo.

[94] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62.



6.1 CONCEITO

É notória a ideia de que a função jurisdicional é exercida por todos os órgãos do Poder Judiciário. Deve-se, no entanto, arguir que a autorização legislativa para o exercício dessa função demanda uma correlata divisão de trabalho, fracionando a responsabilidade de juízes e tribunais. Sob essa perspectiva, a competência pode ser conceituada como limite ou medida da jurisdição.[95]

As regras de competência traduzem a preocupação para com a necessária organização administrativa no exercício da jurisdição, ao tempo que refletem, pelo Estado de Direito, o primado da legalidade que, como fonte normativa, legitima o exercício do Poder Judiciário.

Como defendemos a unicidade da jurisdição, não seria coerente admitir seu fracionamento, isso porque, dentro dos limites estabelecidos previamente pela lei, cada órgão é pleno para exercer a função jurisdicional. Podemos então conceituar a competência como o resultado de critérios técnicos e políticos que distribuem, dentre os vários órgãos do Poder Judiciário, as atribuições para o exercício da função jurisdicional. Deve-se ainda observar, em função da oportunidade, que a competência se reporta ao órgão

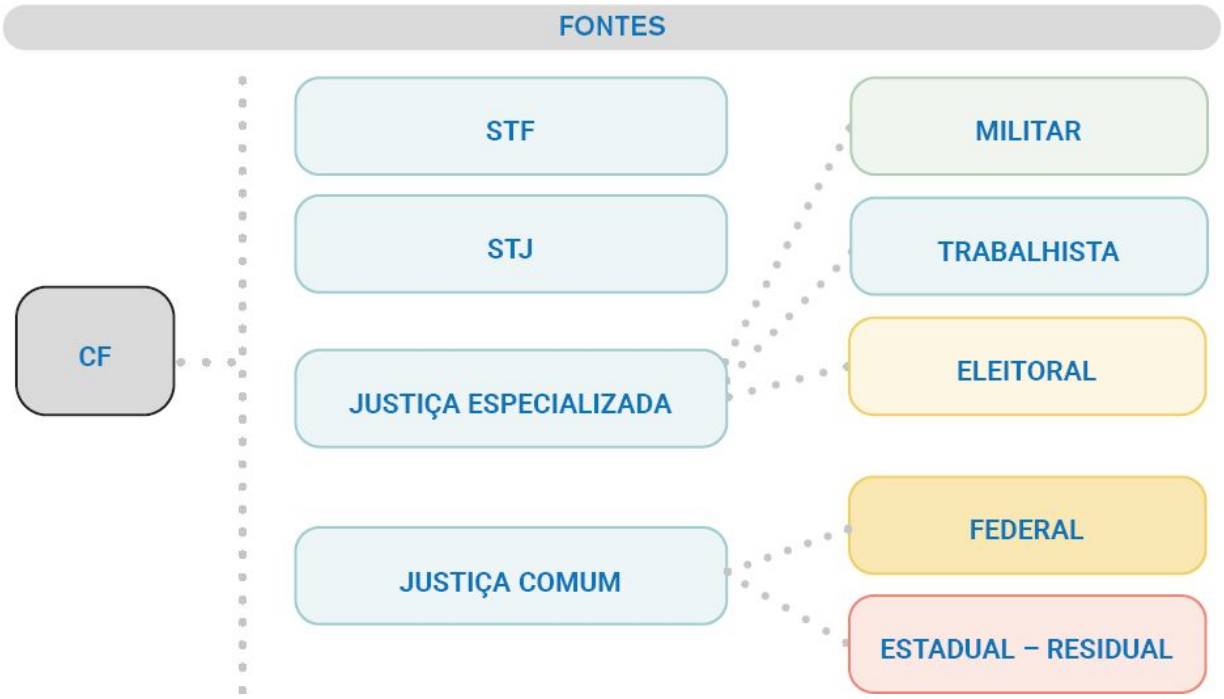
jurisdicional e não à figura do juiz que presenta o Estado no exercício da função jurisdicional.

A desatenção para com os critérios estabelecidos previamente pelo legislador, em respeito ao princípio do juiz natural, compromete a legitimidade do exercício jurisdicional.

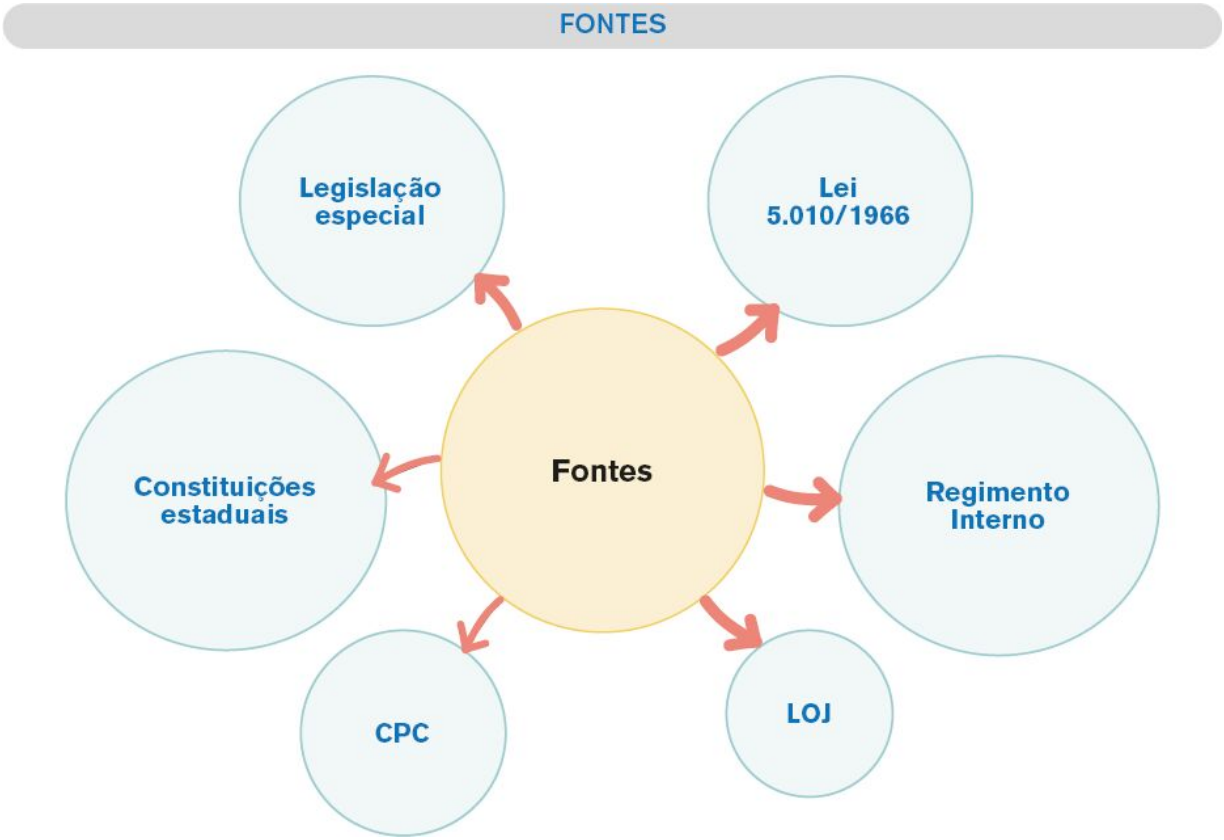
Sobre o tema, dispõe o art. 42 do CPC/2015 que: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instruir juízo arbitral, na forma da lei”.

6.2 FONTES

A Constituição é a nossa fonte imediata e prevê a competência do STF, originária e derivada (art. 102); assim também como prevê a competência do STJ (art. 105), da Justiça Federal (arts. 108, 109 e 110), da Militar (art. 124), da Justiça Eleitoral (art. 121) e da Justiça do Trabalho (art. 114). As possibilidades de atuação judicial, ausentes do regramento constitucional, recaem sobre a justiça comum estadual, por meio de seus tribunais e juízes de Direito, que aqui possuem competência residual.



Sobre o tema, devemos também estudar as fontes infraconstitucionais de competência, previstas no Código de Processo Civil, nas leis federais e estaduais, nas Constituições Estaduais, regimentos internos dos tribunais, leis de organização judiciária e legislações esparsas.[96]



6.3 CLASSIFICAÇÃO

Classificamos a competência pelos seguintes critérios: função, território, matéria, pessoa e valor da causa, em acordo com a proposta do novo diploma.

A competência firmada em razão da pessoa pode ser exemplificada pelo texto constitucional, precisamente no art. 109, I, que estabelece ser o juízo federal de primeira instância o órgão competente para processar e julgar as causas em que a União, empresa pública ou autarquias figurarem na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Percebe-se então que a natureza jurídica dessas personalidades é fator determinante para a identificação do órgão competente. Ampliando o espectro dessa competência, dispõe a redação do art. 45 do CPC/2015 que, ao lado das pessoas citadas na Constituição, também as fundações e conselhos de fiscalização da atividade profissional, na qualidade de parte ou terceiro interveniente, provocarão a remessa do processo ao juízo federal.

A ressalva é feita, nesse mesmo dispositivo, para as ações de recuperação judicial, falência, insolvência civil, acidentes de trabalho e àquelas sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.

Registre-se ainda, pela proposta atualizada desse curso, que o advento da EC 103/2019 alterou o art. 109, § 3º, da CF, que hoje vigora com a seguinte redação:

> Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

Uma vez concedida a autorização constitucional para a delegação de competência da justiça federal para a justiça estadual, a Lei 13.876/2019 alterou o art. 15, III, da Lei 5.010/1966, que trata da organização da Justiça Federal de primeira instância. Agora, quando a comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas na Justiça Estadual as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal.

A busca pela prestação eficiente da tutela jurisdicional tem justificado a criação de juízos com competência delimitada em razão da matéria. Isso, ao argumento de que o tratamento individualizado pode contribuir para uma melhor resposta judicial. É o que percebemos com a existência de varas especializadas para tratar do Direito das famílias, por exemplo.

A competência pode ser firmada em razão do valor da causa. Registre-se, portanto, que, ao prestar essa informação, não contribuímos com meros efeitos fiscais; ao revés, observamos um critério objetivo para a fixação da competência, que, dentre outros aspectos processuais, determina o órgão competente, a exemplo dos juizados especiais estaduais, cuja competência, por disposição da Lei 9.099/1995, em seu art. 3º, I, firma-se para apreciar demandas com valor de até quarenta vezes o salário mínimo.

O valor, que aqui serve como critério para determinar a competência do órgão, é apurado quando propomos a demanda. Por essa razão, é possível que, ao final da instrução, a condenação ultrapasse o limite estabelecido na legislação, por decorrência da correção e dos juros de mora. Perceba que num caso concreto, portanto, Lúcio pode propor demanda no JEC, atribuindo à causa o limite fixado em 40 salários mínimos e, com isso, terá respeitado as regras. Ao final de um ano de tramitação, a decisão, jugando seu pedido totalmente procedente, refletirá o valor atualizado que já será superior ao valor original.

No âmbito do Juizado Especial Federal Cível, regulados pela Lei 10.259/2001, o art. 3º estabelece o valor de 60 salários mínimos e ressalva, por seu § 3º, que no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial sua competência será absoluta. Em termos práticos, isso significa que causas cujo valor não exceda a referência legal necessariamente tramitam por lá, não cabendo ao demandante optar pela Justiça Comum Federal. Já no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, como não há a mesma previsão de competência absoluta, pode o jurisdicionado atribuir à sua causa um valor compatível com o limite de 40 salários e optar pelo rito comum, no fórum local.

O critério de distribuição da competência funcional permite que o exercício da função jurisdicional seja delegado a juízos distintos. Assim, por exemplo, atribui-se a um juízo de primeiro grau, que bem poderia ser uma comarca interiorana, a responsabilidade para apreciar e julgar a pretensão deduzida, ao passo que a outro órgão, o tribunal do respectivo Estado, caberia a análise da matéria recursal. Pode-se ainda identificar a competência funcional quando

à prática de determinado ato, como a oitiva de testemunha que resida fora da comarca é atribuída a juízo distinto daquele onde fora instaurado o processo. Observa-se, portanto, que a competência funcional opera no plano vertical, em razão de haver hierarquia entre os órgãos envolvidos, e, no plano horizontal, que aqui se exemplifica pela prática de atos processuais em distinta área territorial.

Pode-se ainda identificar a competência funcional em processos distintos que, por interesse público ou por ligação decorrente da pretensão deduzida, passam a justificar a atuação do mesmo órgão jurisdicional. É o caso de processos acessórios, que devem por conveniência lógica seguir o processo principal. O exercício dessa competência também se verifica diante de extinções processuais sem resolução de mérito, vez que ao ingressar novamente em juízo, a nova relação processual passa a correr perante o mesmo juízo.

Resta enfrentar o critério territorial de fixação da competência, que de imediato nos informa haver uma correlação estreita entre os limites geográficos e a identificação do órgão competente.

De imediato, podemos afirmar que as ações devem ser propostas nos limites geográficos do foro[97] onde o demandado estiver domiciliado. Isto, para facilitar a defesa. É nesse sentido que o art. 46 do CPC/2015 dispõe: “A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu”. Considerando, entretanto, a possibilidade de este ter mais de um domicílio, pode o autor, nesse caso, demandar o réu em qualquer deles. Sendo incerto ou desconhecido o seu domicílio, poderá ser demandado onde for encontrado ou no foro de domicílio do autor. Havendo dois ou mais réus com diferentes domicílios, qualquer deles pode ser considerado para fixar a competência, à escolha do autor.

Em função do princípio constitucional da isonomia material, as regras de competência territorial são frequentemente excepcionadas para restabelecer o equilíbrio nas relações havidas entre os jurisdicionados. Por isso, temos como exceção à regra indicada na lição anterior: o foro de domicílio do idoso,[98] o foro de domicílio do consumidor para as lides onde este se fizer presente,[99] o foro de

domicílio do alimentando nas ações que demandem o pagamento de pensões alimentícias,[100] e onde mais se constatar a necessidade de proteção diferenciada.

Deve-se ainda considerar a previsão do art. 47 do diploma processual brasileiro, nestes termos: “Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa”.[101] Assim, nos processos em que a atuação jurisdicional tenha por objeto relação jurídica que verse sobre direitos de propriedade, posse, servidão, direitos de vizinhança, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, dentre outras, competente será o foro de situação da coisa. Nestes casos, a exceção se justifica em função do interesse público de que a instrução do processo aconteça o mais próximo possível do local onde o bem estiver lotado.

O art. 48 do CPC/2015 fixa a competência para o inventário, a partilha dos bens, a arrecadação, o cumprimento de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial em função do último domicílio do autor da herança, estendendo esta disposição para todos os casos em que o espólio for demandado, mesmo quando o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Entretanto, se o autor da herança não possuía domicílio certo, a fixação da competência vai ser feita pela situação dos bens imóveis. Se o caso apresentar imóveis em diferentes localidades, qualquer dos foros será competente. Não havendo bens imóveis, competente será o foro do local de qualquer dos bens integrantes do espólio.

Advirta-se, entretanto, que a atração dessas ações não desconsidera os critérios firmados em razão da matéria. Dito de outro modo: a reunião das ações se dá na mesma área territorial, na mesma comarca, mas não perante o mesmo órgão jurisdicional.

O CPC/2015 estabelece, em seu art. 52, como competente, o foro de domicílio do réu, nas causas em que a União seja autora. Sendo ela demandada em juízo, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no da situação da coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. Trata-se, portanto, de mudança significativa na dinâmica empregada pelo Código anterior.[102] Esse mesmo dispositivo determina a

competência para as ações em que se pedem alimentos, caso em que se impõe, como referência, o domicílio ou residência do alimentando. Prevê ainda, em função do lugar, a competência do órgão nas demandas em que for ré a pessoa jurídica, caso em que se vai demandar no local da sua sede, ou onde se ache agência ou sucursal, nas hipóteses em que se discutam obrigações por ela contraídas. Tratando-se de sociedade ou associação sem personalidade jurídica, competente será o foro onde elas exercem suas atividades.

Já nas causas que envolvam reparação de dano ou nas demandas em que o réu for administrador ou gestor de negócios, a fixação da competência vai considerar o lugar do ato ou fato.

Ainda em função da isonomia material, estabelece o art. 53 ser competente o juízo de domicílio do guardião de filho incapaz para a demanda sobre divórcio, anulação de casamento, reconhecimento ou dissolução de união estável. Se o caso não apresentar nenhum filho incapaz, competente será o foro de último domicílio do casal. Se nenhuma das partes residir no último domicílio, aplica-se a disposição geral, de sorte que a ação seja proposta no domicílio do réu.

Altera-se, portanto, a concepção outrora ventilada no art. 110, I, do CPC/1973, que, sob intensa divergência doutrinária, determinava a competência em função da residência da mulher casada, para a ação de separação dos cônjuges, a conversão desta em divórcio e, ainda, para a anulação de casamento. Essa disposição processual em benefício da mulher se estabeleceu antes mesmo do advento da Constituição de 1988 e se justificava pela condição jurídica do sexo feminino, que, aos olhos do já revogado Código Civil de 1916, era relativamente capaz. É dizer: nesse tempo e sob essa tradição, a mulher casada não poderia firmar seu próprio domicílio, o que era feito pelo marido. Não se poderia ao menos lhe exigir a responsabilidade para atos financeiramente mais complexos, vez que também à mulher não se viabilizava o registro no cadastro de pessoas físicas. Ela não tinha CPF. Sob essa ótica, foi salutar que a regra processual lhe entregasse o benefício. Todavia, muitos anos já se passaram entre as linhas do tempo, e, ao que nos parece, a ótica

constitucional da igualdade entre homens e mulheres não mais autoriza essa discriminação. Ao revés, pelo que defendemos em campo hermenêutico, trata-se de interpretar as regras processuais pela vertente constitucional, de sorte a lhes empregar uma leitura adequada ao projeto de sociedade firmado pela carta social de 1988.

6.4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Em respeito ao princípio da perpetuação da jurisdição, podemos afirmar que uma vez identificado o órgão competente, futuras alterações serão irrelevantes para promover sua alteração. Nesse sentido, o art. 43 do CPC/2015 estabelece que a competência é determinada no momento do registro ou distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes futuras alterações sobre o estado de direito ou de fato. A determinação legislativa, em verdade, decorre da perpetuação da jurisdição, e empresta estabilidade ao andamento da marcha processual, impedindo que o processo seja deslocado de um órgão para outro. As exceções ficam por conta da supressão de órgão judiciário originalmente competente ou da alteração de competência absoluta, que, como veremos, é firmada em razão de interesse público.

Assim, podemos concluir que, onde houver mais de um juízo competente na mesma comarca, a propositura da ação se dará com o sorteio ou distribuição da exordial; onde o juízo competente for único, a propositura da ação ocorrerá com o seu registro. Deve-se ainda considerar o fato de que pode haver mais de um órgão competente em juízos distintos, hipótese em que competente será o órgão que primeiro promover validamente um ato de comunicação processual chamado citação.

Por essa razão, uma ação que tenha sido proposta perante o juízo da comarca de Salvador, onde se encontram domiciliados o autor e o réu, não seria enviada para outro local com a mudança de qualquer das partes (pois nesse caso se trata de competência

territorial), permanecendo, portanto, sob o mesmo órgão jurisdicional.

6.5 COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

Dentre os vários critérios adotados para a fixação da competência interna, podemos asseverar que a presença do interesse público na elaboração e determinação das atividades jurisdicionais impõe, de modo geral, um caráter absoluto a suas regras. De outro lado, eventual ausência de interesse público permitirá que tais critérios sejam relativizados, legitimando alterações em respeito a interesses particulares. Adotando-se essa referência, a competência será absoluta ou relativa.

O regime jurídico da competência absoluta, como se disse, atende a interesses públicos e não permite que manifestações individuais alterem as disposições normativas estabelecidas pelo legislador. Por essa razão, admite-se que o magistrado as conheça *ex officio*. Assim, por exemplo, se uma pretensão de alimentos for deduzida em órgão especializado na defesa do consumidor, a falta de autorização normativa (competência) deverá ser conhecida pelo magistrado, independentemente de ter havido provocação das partes. São considerados: a matéria, a função, a pessoa e o valor.[103] Esta última, sob a perspectiva de que o órgão com o limite firmado em razão de um valor menor, como se faz com os juizados especiais cíveis, não poderá conhecer de demandas expressas em valores superiores ao quanto estabelecido pelo ordenamento jurídico.[104]

Sobre o tema, dispõem os arts. 62 e 63 do CPC/2015 ser inderrogável, por convenção das partes, a competência fixada em razão da matéria, pessoa ou função, ao tempo que permitem alterações nas competências firmadas pelo foro ou pelo valor. Observa-se ainda, em função da oportunidade, que o Código atual, alterando a dinâmica vigente na legislação revogada, prevê para qualquer das duas hipóteses de competência – absoluta ou relativa

– que a questão seja ventilada em preliminar da contestação. Entretanto, se a hipótese for de incompetência absoluta, a violação pode ser arguida a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição.

A competência absoluta se afirma sobre a perpetuação da jurisdição, de modo que, se houver mudança superveniente em qualquer de suas espécies, o processo que tramitava originariamente por determinado juízo, devendo nele permanecer, excepcionalmente será deslocado. É o que acontece, por exemplo, com as alterações de competência funcional, cujo reflexo prático pode deslocar uma demanda proposta perante o juízo de primeiro grau, para o respectivo tribunal.

Reconhecida a incompetência absoluta, serão os autos remetidos ao juízo competente,[105] conservando-se os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra decisão seja proferida, se o caso permitir, pelo juízo competente.[106]

Ressalte-se, ainda, que mesmo após o seu trânsito em julgado, a decisão proferida por juízo absolutamente incompetente pode ainda ser desconstituída por ação rescisória, no prazo de até dois anos, nos termos do art. 966, II, do CPC.

Já a competência relativa deve ser arguida somente pelo réu, durante o prazo de resposta, uma vez que não é permitido ao juiz, por força da Súmula 33 do STJ, seu conhecimento *ex officio.*[107] É dizer: a competência relativa é confirmada se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação. Nesse sentido, é a disposição do art. 65 do CPC/2015: “Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação”.

A exceção, como se verá a seguir, se estabelece pelo reconhecimento, de ofício, da cláusula de eleição de foro abusiva, que, mesmo sendo permitida pelo juízo, deve ser feita logo no início do processo, sob pena de preclusão. Sobre o tema, segue a redação do art. 64, § 4º, do CPC: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

A competência relativa, já se sabe, é atenta para interesses particulares e, por essa razão, pode ser objeto de negócio jurídico processual ou mesmo ser modificada pela conexão e pela continência.

ATENÇÃO

O STJ fixou a Tese 1.030, que versa sobre a possibilidade de o autor, no âmbito do Juizado Especial Federal Cível, renunciar expressamente, para fins de atribuição do valor da causa, ao montante excedente do limite de 60 salários mínimos, previstos no art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001. Com isso, podemos concluir que a competência, nesse juizado, é absoluta para valores compreendidos dentro da previsão legal, não havendo opção para o jurisdicionado demandar a justiça comum federal; mas admite que, caso o valor seja superior ao limite, ele possa renunciar ao excedente e, assim, demandar o Juizado.

6.6 CAUSAS DE MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Considerando que a competência relativa protege interesses eminentemente privados, justifica-se a possibilidade de alteração desse regime jurídico, permitindo então que um determinado órgão do Judiciário passe a conhecer de demandas que em princípio não lhe foram imputadas pelo legislador. Quatro são as causas de modificação dessa competência relativa: conexão, continência, vontade dos particulares e a inércia das partes.

A inércia do particular, como visto anteriormente, poderá permitir a alteração das regras destinadas a regular a competência relativa. Assim, se o autor reside em Salvador/BA e ali resolve propor sua

demanda, sendo esse local diverso do domicílio do réu, caberá a este, no prazo de resposta, manifestar-se pela necessidade da alteração. Não arguida a incompetência relativa, que aqui se verifica em decorrência do território, o processo correrá na comarca da cidade de Salvador.

6.6.1 Foro de eleição

A vontade das partes se apresenta como causa de modificação da competência, uma vez que as mesmas podem eleger, por cláusula contratual, qual área territorial servirá de base para a identificação do juízo competente. Trata-se aqui da conhecida cláusula de eleição de foro, que hoje se apresenta nas mais diversas espécies contratuais.[108] O acordo deve versar sobre a eleição do juízo e jamais sobre a eleição do juiz, sob pena de haver violação expressa ao princípio constitucional do juiz natural. Essa alteração, entretanto, só produz efeitos quando constar de instrumento escrito e aludir de forma expressa a determinado negócio jurídico,[109] obrigando, com isso, os herdeiros e sucessores das partes.

Uma exceção, entretanto, se justifica, permitindo que juízes conheçam da ineficácia da cláusula de eleição de foro abusiva e, por consequência disso, determinem a remessa dos autos para o juízo competente. Explique-se: sendo a competência territorial prevista para atender a interesses particulares, tornou-se comum, em nossa prática empresarial, que as partes envolvidas pactuassem o local mais adequado para determinar o órgão competente, caso no futuro se demandasse atuação judicial. O cotidiano da vida moderna, entretanto, passou a reclamar soluções cada vez mais práticas e ágeis para a celebração dos negócios jurídicos, o que nos parece justificar os já conhecidos contratos de adesão, em que um dos contratantes se limita a compactuar com a prévia elaboração contratual, afastando, em princípio, a possibilidade de eleição conjunta do local adequado para a determinação do órgão jurisdicional.

Sobre o conceito de contrato de adesão, assim se manifestou Orlando Gomes: “é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de um modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.[110]

Há casos em que a escolha da localidade compromete a possibilidade de acesso ao serviço jurisdicional, o que, desde o Código anterior, autoriza o magistrado, de modo excepcional, a conhecer de sua abusividade.

No Código atual, essa possibilidade de atuação judicial é ampliada, pois, ainda quando o contrato não seja de adesão, poderá o magistrado concluir por sua nulidade, se a escolha for abusiva. Essa possibilidade de manifestação de ofício, entretanto, se esgota à prática do ato de citação.

As outras duas possibilidades de alteração de competência referidas acima, quais sejam, a conexão e a continência, por demandarem conhecimentos específicos sobre os elementos da ação, serão apresentadas oportunamente quando enfrentarmos esse assunto.

ATENÇÃO

A possibilidade de o juiz conhecer de ofício da cláusula de eleição de foro abusiva, antes da citação do réu, está prevista no art. 63, § 3º, do CPC/2015 e excepciona a Súmula 33 do STJ, que, sobre o tema, afirma: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Trata-se, aqui, de preclusão *pro judicato.*

6.7 CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competência, segundo a maior parte da doutrina brasileira, à qual nos filiamos, é um incidente processual,[111] capaz

de retardar o andamento da marcha processual, e que se apresenta quando mais de um juízo se entende competente para julgar a demanda – caso em que o conflito será positivo –, ou quando os juízos envolvidos se julgam incompetentes para o exercício da função jurisdicional – caso conhecido como conflito negativo. Pode ainda o conflito se estabelecer pela controvérsia sobre a reunião ou separação de processos.[112]-[113]

Estão habilitados a suscitar o conflito de competência, em acordo com o art. 951 do CPC/2015: as partes, o juízo ou o Ministério Público. Observa-se, entretanto, que somente nas causas que envolvam interesse público local ou estadual, interesse de incapaz, litígios coletivos pela posse de terra urbana ou rural, e, ainda, nos casos previstos pela CF será ouvido o *parquet* como órgão fiscalizador, restando, para os demais casos que envolvam conflito de competência, ouvi-lo como parte da demanda.

O julgamento recai sobre o tribunal ao qual os juízes estão vinculados. Assim, se o conflito se estabelece entre juízes da Bahia, o julgamento deve ser feito pelo respectivo Tribunal de Justiça do Estado. Se o conflito, no entanto, se estabelece perante órgãos judiciais com vinculação a tribunais diferentes, o que se exemplifica quando um dos órgãos atua na justiça estadual e outro na esfera federal, o julgamento do incidente passa a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça. Se, por sua vez, a divergência se estabelecer entre o STJ e um tribunal superior ou entre estes e outro tribunal, estadual ou federal, competente para o julgamento será o Supremo Tribunal Federal. Uma vez decidido o conflito, o tribunal irá declarar qual o juízo competente, pronunciando-se, na ocasião, sobre a validade dos atos praticados pelo juízo incompetente.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA X RELATIVA	
Absoluta	**Relativa**
Atende a interesse público.	Atende a interesse particular.

Não pode ser alterada pelas partes (norma cogente).	Pode ser alterada pelas partes.
O juiz deve conhecer de ofício.	O juiz não conhece de ofício (Súmula 33/STJ), com ressalva para a cláusula de eleição de foro abusiva.
Mudança superveniente implica desloca- mento para o novo juízo.	Mudança superveniente não desloca para o novo juízo.
Espécies: matéria, pessoa, função e valor [quem pode (-) não pode (+)].	Espécies: território e valor [quem pode (+) pode (-)]. *Competência absoluta para os JEF (valor) e para as hipóteses do art. 47 (território).
Não é alterada por conexão ou continência.	Pode ser alterada pela conexão ou continência.
Pode-se arguir a qualquer tempo, pois não se submete à preclusão.	Deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.
Ambas devem ser arguidas pelo réu em preliminar de contestação.	
Autor e réu podem arguir.	Somente o réu pode arguir.

[95] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 45.

[96] Note-se que, em razão do poder constituinte derivado, os Estados-membros possuem competência para editar normas processuais regulamentares, levando o intérprete a observar, além das constituições estaduais, as suas respectivas leis de organização judiciária.

[97] Foro é uma palavra com sentido plurívoco, podendo equivaler à circunscrição territorial dentro da qual o órgão exerce suas funções, o que pode equivaler a todo o território nacional, no caso do STF ou do STJ, ou mesmo ser utilizado como sinônimo da menor parcela territorial, a unidade, que mais frequentemente, na justiça estadual, equivale à comarca.

[98] Art. 80 do Estatuto do Idoso.

[99] Art. 100, I, do CDC.

[100] Eis o teor da Súmula 1 do STJ: “O foro de domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”.

[101] Para a jurisprudência do STJ e do STF, esse é um caso de competência funcional, o que, com a devida vênia, não é verdade.

[102] O art. 99 do CPC/1973 estabelecia ser competente o juízo do foro da capital do Estado, o foro competente para apreciar os processos em que a União fosse parte, como autora, ré ou mesmo interveniente.

[103] A competência firmada em razão do valor só será absoluta na vertente de que quem pode menos não pode mais, assim, por exemplo, não se pode ajuizar uma ação cujo valor seja de 100 salários mínimos em Juizado Especial Cível, que tem competência firmada até 40 salários.

[104] Atente-se para o fato de que há causas em que a competência é fixada em função da matéria, e, ainda, circunstâncias em que o demandante abre mão do excedente, para valer-se do rito diferenciado dos Juizados Especiais.

[105] A atual jurisprudência do STF entende que, por respeito ao princípio do juiz natural, o órgão jurisdicional não deve apenas se limitar a reconhecer a incompetência, mas sim indicar o órgão competente.

[106] Nada impede que, ao chegarem ao juízo competente, o juiz, avaliando a conveniência, repita atos instrutórios, tais como a oitiva de testemunhas, se entender que haverá proveito para a formação de sua convicção.

[107] Cabe aqui observar que a atual redação do art. 63, § 3º, do CPC, estabelece uma exceção a essa regra, permitindo que o juiz conheça das cláusulas de eleição de foro, quando abusivas e ventiladas em contrato de consumo, mesmo sem que para tanto tenha havido provocação.

[108] Para maiores informações, consulte-se o texto de ARAGÃO, Egas Moniz de. Notas sobre o foro de eleição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, p. 155-156.

[109] A hipótese se impôs pela Lei federal 11.280/2006, que, em resposta aos reclames doutrinários e jurisprudenciais, inseriu, já no Código revogado, permissão para que o magistrado conhecesse da abusividade da cláusula de eleição de foro, quando esta estivesse ventilada nos contratos de adesão.

[110] GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: RT, 1972. p. 3.

[111] Corroborando nosso entendimento, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 447. Em sentido contrário, entendendo ser o conflito uma demanda autônoma, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 214.

[112] O enunciado da Súmula 59 do STJ deixa claro que não há que se falar em conflito quando já houver julgamento de uma das causas. O mesmo vale para causas que tramitem em órgãos hierarquicamente distintos.

[113] Remetemos nosso leitor ao Informativo 342 do STJ, que cuida quase que exclusivamente do órgão competente para dirimir o conflito de competência, quando esse for suscitado.



7.1 INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica tem percebido o conceito de ação por diferentes perspectivas. Incontáveis são as teorias esposadas pela literatura nacional, não sendo possível esgotar o tema. Seguindo a proposta didática deste curso, analisaremos as principais teorias, seja em razão de sua importância histórica para o desenvolvimento da ciência processual, seja pela aplicabilidade nos dias atuais.

7.2 TEORIAS

A primeira teoria tem amparo na clássica proposição romana, e sustenta ser a ação o próprio direito material em movimento. Essa vinculação, tão presente no Código Civil de 1916,[114] adequa-se perfeitamente às ideias da época, que não reconheciam a independência do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica.

Em Clóvis Beviláqua,[115] seu mais notório defensor, poder-se-ia compreender a ação como um mero elemento constitutivo do direito material, perceptível toda vez que houvesse violação dessas normas.[116] A menção se justifica, vez que ainda hoje, agora pelo Código Civil de 2002, destacam-se claras indicações da teoria

material. Nesse sentido, eis a redação do art. 195: **“Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente”**. Resta então evidenciada a acepção material do direito de ação.

A teoria concreta do direito de ação, por sua vez, tem um de seus primeiros registros na Alemanha, com a publicação da obra de Adolf Wach, em 1885.[117] Para essa corrente doutrinária, a ação seria o direito exercido contra o Estado, provocando-o para o exercício da função jurisdicional.

Certo de que o sujeito passivo desse direito é o Estado, restou também evidenciado o seu caráter público. Deve-se, no entanto, considerar que para essa teoria, a autonomia da ação estaria condicionada à existência do direito material e, por consequência disso, a uma decisão favorável. Assim, por exemplo, se determinado sujeito fosse a juízo provocar o Estado para que este pudesse lhe assegurar o crédito decorrente de determinado contrato, sendo-lhe favorável a sentença em decorrência da existência do crédito, seria possível afirmar, em corolário, a existência do direito de ação.

Certamente, essa teoria, por afirmar a autonomia do direito de ação e por identificar o Estado como sujeito passivo, nos deixa um importante legado, mas essa contribuição não a isentou de críticas, quase todas disparadas em razão de seus hiatos acadêmicos, uma vez que a ideia da ação como direito de obter uma sentença favorável, pressupondo para tanto a existência do direito substancial, não explicava situações como a sentença declaratória de inexistência de fato.

Perceba que, nesses casos, a decisão é favorável ao autor, mas em razão da inexistência do direito material. Pode-se ainda arguir que a sentença de improcedência implicaria dizer que a ação foi exercida pelo réu, uma vez que este haveria tido um pronunciamento favorável.[118]

Sem contribuições tão relevantes para o cenário acadêmico, uma terceira teoria compreendeu a ação como direito potestativo, e teve, na pessoa de Chiovenda[119] seu mais ilustre defensor. Por essa vertente intelectual, parte do entendimento asseverado por Adolf

Wach é preservada, havendo mesmo quem a apresente como uma variante da teoria concreta, pois sustenta que a ação é autônoma em relação ao direito substantivo, todavia, deste se diferencia por entender que a ação, ao revés de ser exercida contra o Estado, em verdade se afirma como um poder, atrelando-se à ideia do direito potestativo. Sendo assim, a ação seria o direito do autor de submeter o réu aos efeitos jurídicos, por ele, autor, pretendidos em juízo.

7.2.1 Teoria da ação como direito abstrato

Há muito defendida por Calmon de Passos,[120] a teoria abstrata, sem preterir os avanços intelectuais do século XIX, passou a sustentar, diversamente da teoria concreta, que a ação seria o direito, inerente à personalidade do indivíduo, de provocar o Estado para obter deste um provimento jurisdicional, qualquer que fosse o seu teor.[121]

Os maiores méritos dessa teoria residem no fato de se ter reconhecido a total independência do direito de ação, que já não mais estaria condicionado à existência de uma vertente material, pois aquela passa a ser concebida com abstração de qualquer outro direito. A ação revela-se então como direito público, subjetivo, preexistente ao processo e desvinculado de qualquer existência de um direito material, pois permite ao indivíduo deduzir, em juízo, um interesse seu, para que o Estado, uma vez provocado, entregue, por exercício da função jurisdicional, uma decisão, ainda que contrária aos seus interesses.[122]

7.2.2 Teoria eclética

Com significativa aceitação no Brasil, a teoria eclética, sistematizada por Enrico Tullio Liebman durante a década de 1940, guarda íntima correlação com a natureza abstrata da ação, por sustentar a independência frente ao direito substantivo e manter o entendimento de que o exercício desse direito, ao provocar o

exercício da jurisdição, não necessariamente entrega, a seu titular, uma decisão de procedência do pedido.

Sua propriedade reside no fato de estabelecer condições específicas para o direito de ação que não se relacionam, em tese, com a existência do direito material. Destarte, se para Liebman a ação é o direito ao processo e ao julgamento do mérito, somente com atenção às condições definidas nessa última teoria, o juiz estaria obrigado a manifestar-se sobre o pedido. A ausência dessas condições e a consequente extinção do processo sem que se tenha permitido ao juiz o exame e posterior julgamento do pedido, é conhecida entre nós como carência de ação.

A ideia original, entretanto, foi gradativamente alterada pela doutrina. Ao longo dos últimos anos, muitos autores sustentaram que as chamadas condições da ação, ao revés de determinarem sua existência, em verdade, se correlacionavam com o exercício legítimo[123] do poder constitucional de ação, garantindo, com isso, o acesso à justiça.

Sem preterir a tradição dogmática e seu papel determinante para a evolução do pensamento científico, propõe-se, neste curso, uma resposta processual compatível com as responsabilidades do Estado Democrático de Direito, pelos conhecidos vetores da coerência e da integridade. É sob essa ótica que passamos ao estudo da ação no CPC/2015.

7.2.3 Teoria da asserção

A teoria da asserção, assim como a teoria eclética, considera a existência de condições da ação como uma categoria processual. Sua análise é feita em caráter preliminar ao exame de mérito, entretanto, se desenvolve, em abstrato, apenas com base nas alegações do demandante. Assim, por exemplo, ao analisarmos uma dessas condições, como a legitimidade, teríamos que nos perguntar se por ser trabalhador de uma determinada empresa, pode-se cobrar dela salários atrasados. Se a resposta sobre essa afirmação teórica for positiva, o autor terá respeitado essa condição da ação.

Agora considere que durante esse mesmo processo, instaurado pela demanda que visa a obter o pagamento de salários atrasados, a empresa demonstre não haver qualquer vínculo com o demandante. Como, nessa segunda hipótese, tivemos uma análise mais aprofundada, já com provas documentais e testemunhais para certificar a inexistência de qualquer vínculo entre as partes, o resultado judicial, aqui, passa a traduzir uma resposta de mérito, pela improcedência do pedido.

O estudo desse tema se justifica, sobretudo, pelo entendimento do STJ, que sistematicamente vem afirmando em seus julgados a predileção pela teoria da asserção. Nesse sentido segue um exemplificativo voto da Corte:

> De acordo com a teoria da asserção, averígua-se a legitimidade *ad causam* a partir das afirmações de quem alega, de maneira abstrata, quando da apreciação da petição inicial, ressaltando-se que eventual apreciação, pelo Magistrado, de tais alegações de modo aprofundado pode configurar manifestação sobre o mérito da causa. Agravo em REsp 1.026.699/DF (2016/0317689-3).

TEORIAS DA AÇÃO

CONCRETISTA

A ação é um direito exercido contra o Estado, a fim de provocá-lo para o exercício da jurisdição e só existe se o resultado for favorável.

ABSTRATA

A ação é o direito de provocar o Estado para o exercício da jurisdição e existe, qualquer que seja o resultado.

ECLÉTICA

A ação, para existir, deve observar a categoria das condições da ação: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade.

ECLÉTICA 2

A categoria das condições da ação, agora, não mais se relacionam com sua própria existência, mas sim como requisitos para um provimento final, sobre o mérito.

ASSERÇÃO – STJ

De acordo com a teoria da asserção, averígua-se a legitimidade ad causam a partir das afirmações de quem alega, de maneira abstrata, quando da apreciação da petição inicial, ressaltando-se que eventual apreciação, pelo Magistrado, de tais alegações de modo aprofundado pode configurar manifestação sobre o mérito da causa.

Agravo em REsp 1.026.699/DF (2016/0317689-3).

7.3 CONCEITO DE AÇÃO

A delimitação conceitual da ação, como se procurou demonstrar, tem reclamado constantes reflexões por parte da doutrina, de sorte que não se pode, em tempo algum, almejar-se unanimidade. Já se pôde registrar que a ação, para a teoria substancial é sinônimo de

direito material. Também já identificamos que em função do princípio constitucional, previsto à altura de seu art. 5º, XXXV, o Estado assume o compromisso de assegurar o acesso à justiça – isto, em corolário do princípio da inafastabilidade, vez que o Brasil adota o monopólio de jurisdição. Sob este enfoque, a ação representa um direito fundamental, já que, por intermédio de seu exercício, se assegura, ainda que não exclusivamente, a efetividade das promessas do Estado moderno. Se isso é verdade, o conceito de ação se atrela a algum direito, que, afirmado em juízo, passa a reclamar o exercício da função jurisdicional.

Considerando agora o seu exercício, deixamos a morada constitucional, que garante em abstrato o acesso à justiça, perpassamos pelo direito material, cujo reconhecimento e efetividade se almejam perceber, para identificarmos a perspectiva processual. Sob essa ótica, podemos afirmar que ação é sinônimo de demanda e que, ao se demandar do Estado o exercício da função jurisdicional, faremos também, direta e inexoravelmente, a afirmação de um direito sob o qual recairá a atividade judicial.

Dito isto, podemos agora conjugar as referências constitucionais e materiais para apresentar um conceito processual da ação, que passa a ser: o poder de afirmar em juízo uma relação jurídica, provocando situações ativas durante a dinâmica processual, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional.

Apresentado o conceito, passamos a expor sua fundamentação.

A assertiva dominante na doutrina nacional de que a ação é um direito subjetivo, baseia-se em situações jurídicas opostas e conflituosas, atrelando-se ao interesse do seu titular, o autor, uma correspondente obrigação por parte do Estado, seu sujeito passivo.

Como o conflito desses interesses não se apresenta entre o jurisdicionado e o Estado-juiz, não entendemos ser esse o caminho mais correto para definir a ação. Defendemos ser a ação um poder jurídico, destituído da noção de conflito, que permite que qualquer cidadão pratique atos capazes de viabilizar o exercício da jurisdição. Entretanto, a prática desses atos que, em razão da inércia estatal, foram necessários para reclamar uma decisão judicial, não se encerra com a apresentação da exordial, pois, durante todo o

trâmite da marcha processual, as partes deverão atuar, contribuindo e viabilizando a entrega da prestação. Esse poder, inicialmente, é exercido pelo autor, na apresentação da petição inicial, no requerimento pela produção de provas e na inclusão de documentos, mas, em outros momentos da relação processual, que, repita-se, é dinâmica, esse poder é exercido pelo réu, que também atua para viabilizar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, o que se verifica pela produção de provas, pelas manifestações processuais ou mesmo pelo pedido de revisão de uma decisão desfavorável, mediante o emprego de alguma espécie recursal.

O exercício desse direito fundamental de ação reclamará sempre a afirmação de alguma relação jurídica, vez que a função jurisdicional é exercida pela provocação e esta se consubstancia pela apresentação de um pedido inicial. Ora, se ao estudar o conceito de jurisdição arguimos que sua finalidade se presta a declarar, efetivar, acautelar ou integrar direitos, não se pode agora afirmar que seu exercício seja provocado pela ação e ao mesmo tempo imaginar que esta não deduza, em juízo, uma pretensão. Essa pretensão, no entanto, é apenas afirmada diante do Poder Judiciário, que ao final irá se manifestar sobre a existência dos fatos e a procedência das alegações.

Resgatando o quanto aqui se afirmou sobre a influência da tradição sobre as percepções de mundo, será fácil entender que o mesmo fato não é visto da mesma maneira por pessoas diferentes, pois cada uma traz em sua história as referências distintas para a interpretação da vida. Assim, quando um sujeito se entende lesado em sua esfera moral e, para obter a reparação pela prática desse ato, apresenta em juízo um pedido de indenização, o que temos é apenas a afirmação de uma versão, deduzida pelo exercício do poder de ação para que se possa ao final, pelo exercício da função jurisdicional, obter a declaração de existência do direito à percepção da indenização e a consequente determinação para que a parte contrária, causadora da lesão, adote o comportamento de entregar o valor devido.

Afirma-se, portanto, a ocorrência de um fato jurídico (lesão), desencadeador de uma relação jurídica que a um só tempo coloca,

nessa hipótese, de um lado, o autor na condição de titular de um direito subjetivo e, de outro, o réu como titular de um dever jurídico. Isso, no entanto, em absoluto nos autoriza a concluir que a interpretação do autor assegura o resultado favorável, pois, ao final da relação processual, pode-se concluir que a ocorrência narrada pelo demandante caracterizou apenas um aborrecimento, o que, evidentemente, veda a percepção da indenização pleiteada em juízo pela demanda.

Ao final, sempre se irá ao Judiciário afirmando a existência de um direito, sem que com isso se possa previamente garantir o proveito ou a confirmação desse relato. Registre-se ainda, em função da oportunidade, que as percepções acerca dos fatos alegados devem levar em conta os sentidos produzidos democraticamente no espaço público. Veja-se, por exemplo, que pelos vetores hermenêuticos da coerência e da integridade, o reconhecimento da alienação parental na paternidade afetiva não deve ser considerado ato contrário ao direito por visões judiciais individuais, mas sim por não se adequar aos padrões éticos estabelecidos ao longo do tempo pela sociedade. Não há, pois, liberdade para interpretar os fatos a partir de qualquer lugar. Há sempre que se partir do horizonte constitucional e, de lá, interpretar os fatos e as alegações.

Essa é a vertente defendida acerca da ação, que, sob a ótica processual, conjuga, ainda que brevemente, as referências do direito material decorrente da relação afirmada em juízo, a garantia constitucional de acesso à justiça e as influências da hermenêutica como elementos balizadores de seu exercício.

7.4 CARACTERÍSTICAS

Em acordo com a atual concepção da ação, podemos identificar, dentre as suas características, ser ela um *poder jurídico*, exercido para provocar o exercício da jurisdição e obter um provimento. Em razão de o Estado ser o sujeito passivo, não se pode deixar de reconhecer o seu caráter *público*, uma vez que no Brasil temos o

princípio constitucional do monopólio de jurisdição, de sorte que esse poder jurídico é exercido contra o Estado, mas em face de alguém, o réu. Podemos também sustentar sua *autonomia*, vez que o exercício desse poder não demanda a existência de direitos substantivos ou mesmo uma relação jurídica de direito material. Assim é que a manifestação jurisdicional, uma vez provocada pelo exercício desse poder constitucional de ação, assegura ao demandante uma manifestação, ainda que o direito decorrente da relação jurídica afirmada em juízo não exista. Para tanto, basta imaginar o julgamento de improcedência do pedido de indenização pela prática de suposto ato ilícito, que se justifique pela não ocorrência do fato. Neste caso, não há que se falar em direitos decorrentes à percepção de uma indenização, mas ainda assim teremos um pronunciamento jurisdicional pela improcedência da indenização.

Afirme-se ainda, por oportuno, que esse poder jurídico tem suas balizas firmadas no art. 5º, XXXV, da CF, tendo, portanto, guarida entre os direitos fundamentais de nossa República Federativa, e hoje é reconhecido como direito essencial para a afirmação da dignidade, na medida em que garante o livre acesso ao serviço jurisdicional e possibilita a pacificação dos conflitos coletivos e individuais.

7.5 OS DIFERENTES PLANOS DA AÇÃO

Firmaremos como premissa que a sistematização dos planos de existência, validade e eficácia, pertence à Teoria Geral do Direito, não devendo, portanto, encontrar significados diferentes na seara processual. Em razão disso, entendemos que os pressupostos se referem ao plano de existência, assim como os requisitos se correlacionam com a validade dos atos e as condições se reportam ao plano de eficácia.

7.6 ELEMENTOS DA AÇÃO

Devemos iniciar esse estudo pela Teoria Geral do Direito. Afinal, é lá que aprendemos o conceito de relação jurídica e passamos a identificar seus elementos: sujeito, objeto e fato.

No plano do direito material, tudo isto é tratado já na abertura do Código Civil, que consequentemente estabelece diretrizes sobre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos.

Sob a ótica processual, já sabemos que a ação é o poder de deduzir em juízo uma relação jurídica e por essa razão, aqui também encontraremos seus três elementos, que em termos processuais são conhecidos por parte, pedido e causa de pedir.

ELEMENTOS: RELAÇÃO JURÍDICA X AÇÃO

RELAÇÃO JURÍDICA	CÓDIGO CIVIL	ELEMENTOS DA AÇÃO
SUJEITO	PESSOAS	PARTE
OBJETO	BENS	PEDIDO
FATO	FATOS JURÍDICOS	CAUSA DE PEDIR

Feitas as considerações preliminares, seguiremos com o estudo pormenorizado dos elementos da ação para identificarmos quem são os seus sujeitos, qual o seu objeto e por fim, quais fatos são juridicamente relevantes para justificar a causa de deduzirmos tudo isso em juízo.

7.6.1 Partes

Uma vez que o exercido desse poder jurídico-constitucional demanda a existência de titulares, cabe-nos então arguir quem são os sujeitos que figuram na relação processual em razão de terem deduzido em juízo uma pretensão, sendo nesse caso chamados de

autor, ou então, por que é em face deles que se apresenta o pleito, sendo nesses casos chamados de réu.

Com outras linhas, podemos concluir que autor é aquele que pede, e o réu, aquele em face de quem se pede, pois, como sabemos, o pedido não é dirigido diretamente ao réu, mas sim ao Estado, que, no Brasil, detém o monopólio da jurisdição.

Em razão da autonomia entre as já comentadas esferas de direitos, cabe aqui uma importante observação: nem sempre aquele que se apresenta como titular ou integrante da relação de direito material será necessariamente aquele a buscar sua guarda em juízo, pois, em alguns casos, o ordenamento permite que um terceiro vá a juízo e deduza um pedido em face de outra pessoa. Nem sempre, portanto, haverá coincidência entre parte na ação e parte na relação material. Assim, por exemplo, o sindicato, uma vez autorizado por lei, poderá buscar em juízo a defesa dos interesses de seus associados.[124]

Deve-se ainda observar a possibilidade de a parte se apresentar apenas em incidentes processuais, sem com isso ocupar essa condição durante toda a relação jurídica processual. É o que acontece, por exemplo, quando se imputa a um juiz a alegação de impedimento ou suspeição. Em ambos os casos, antecipe-se, viabiliza-se o afastamento do magistrado, que poderá continuar no exercício de suas atividades, se comprovar a improcedência das alegações. Resolvido o incidente, a relação retoma o seu curso original.

7.6.2 Causa de pedir

Adotamos a teoria da substanciação e, por essa razão, a demanda deverá apresentar sua causa de pedir. Esse elemento da ação é dividido em causa remota, por reportar-se ao fato constitutivo do direito, e à causa próxima, por indicar suas consequências jurídicas. Assim, se considerarmos como exemplo uma relação contratual de locação, identificaremos, na celebração do contrato e no seu posterior descumprimento, a causa remota, que consiste no título no qual se baseia o direito do locador de receber o valor

ajustado pelo uso do imóvel. Perceba que, sendo esse direito de natureza subjetiva, teremos que *considerar* a possibilidade de ele não ser observado pelo inquilino, que pode deliberadamente não honrar o pagamento dos aluguéis. Nesse caso, haverá a incidência do quanto previsto à altura do art. 189 do CC[125], fazendo com que o direito subjetivo, uma vez violado, permita o nascimento de uma pretensão e autorize seu titular a exigir o cumprimento do dever. Se a exigência for observada, iremos concluir que a norma material foi capaz de pôr fim ao conflito, pois já havia a previsão de cláusulas penais pelo não pagamento ou mesmo o índice a ser aplicado em casos de mora do locatário, não sendo necessário provocar-se o Estado. Todavia, se a referida pretensão for resistida, impedindo, portanto, que o locador possa perceber a importância contratada, teremos a causa de pedir próxima e o credor (locador) deverá exercer o poder jurídico que lhe é conferido pela Constituição, para o exercício da atividade jurisdicional, uma vez que lhe é vedada a autotutela[126]. Perceba que a causa de pedir próxima traduz-se pela relação jurídica substancial deduzida em juízo (consequência jurídica), que coloca o autor na condição de titular de um direito subjetivo, um direito potestativo ou mesmo um interesse juridicamente tutelado; e, de outro, o réu, numa situação jurídica passiva, na qual é titular de um dever jurídico legal, uma obrigação ou um estado de sujeição.

Feitas as considerações iniciais sobre o posicionamento tradicional, passamos a avaliar outra concepção para a causa de pedir, de sorte a lhes emprestar contorno mais afinado com o nosso conceito de ação.

Defendemos, anteriormente, ser a ação o poder de afirmar uma relação jurídica em juízo. Por isso, ao apresentarmos a causa de pedir, enquanto elemento da ação, devemos sustentar sua correlação com a formação e os contornos da relação que se fez afirmada perante o Poder Judiciário. Dito de outro modo: se o exercício da ação apresenta sempre em juízo uma relação jurídica afirmada, a fim de que se possa comprovar sua existência e então efetivar os direitos dela decorrentes, assim, a causa de pedir dessa

efetivação, inexoravelmente, correlaciona-se com a relação jurídica deduzida.

Partindo-se dessa premissa, podemos identificar dois momentos da causa de pedir: o fato jurídico ensejador de sua existência (causa remota) e os direitos e deveres decorrentes de sua afirmada formação (causa próxima). Outro exemplo: se duas pessoas resolvem contratar a compra e venda de um determinado produto, a celebração desse negócio jurídico é um fato idôneo à formação de uma relação jurídica material, de onde decorrem direitos e deveres, quais sejam: pagar o preço e receber o produto. Diante do inadimplemento do vendedor, que mesmo ao receber o preço se nega a entregar a coisa, identificamos que a celebração do contrato e seu posterior descumprimento, afetam a relação originalmente criada, de sorte que ela apresenta agora, para um dos contratantes, a titularidade de uma pretensão, com a correlata possibilidade de se exigir o cumprimento do dever, nesse caso, decorrente da violação do direito subjetivo: receber a coisa; e, de outro, imputa dever jurídico ao vendedor: entregar a coisa objeto da venda.

Pois bem, a vedação ao exercício da autotutela coloca, para o cidadão que se percebeu lesado, a possibilidade de ir ao Judiciário reclamar o exercício da função jurisdicional. Como fato jurídico, aqui retratado pela causa de pedir remota, teremos: a celebração do contrato e o inadimplemento do vendedor. Como relação jurídica afirmada em juízo, retratada pela causa de pedir próxima, teremos o autor, na condição de titular de uma pretensão, a entrega de coisa certa e, de outro lado, o vendedor, com o respectivo dever de entregar o produto.

Registre-se, uma vez mais, que o fato jurídico ensejador da relação afirmada (causa de pedir remota) não se limita ao desenlace da relação originária, mas inclui também o que for necessário para a suposta titularidade do direito afirmado. Explique-se: em uma demanda que almeje o pagamento de pensão alimentícia pautada pela paternidade, o fato jurídico a ser considerado deve contemplar a paternidade e também o binômio: necessidade de quem pleiteia e possibilidade de quem se demanda o pagamento. Observe que somente a paternidade não coloca, nem em tese, o demandante na

condição de titular do direito à percepção dos alimentos. Assim, o fato jurídico a ser apresentado como causa de pedir remota será o vínculo de paternidade e a conjugação dos requisitos supramencionados, pois somente diante dessa ocorrência teríamos como supor o surgimento de uma relação jurídica que coloque na condição de titular do direito à pensão o demandante (filho), em face do demandado (pai). Para exemplificar, basta imaginar uma relação de paternidade que coloque como autor um menor devidamente reconhecido pelo demandado. Aqui, a incapacidade de subsistência complementaria as informações da causa de pedir, pela afirmação da necessidade de se garantir a subsistência do autor. O mesmo já não aconteceria se a relação de paternidade apresentasse, de um lado, como demandante dos alimentos, pessoa maior, capaz e em boas condições financeiras e, de outro, um demandado com frágil condição econômica e já com idade avançada.

7.6.3 Pedido

O pedido pode ser definido como o elemento nuclear da ação, pois, enquanto manifestação da pretensão deduzida em juízo, é sobre ele que incidirá a decisão. Por exigência dos arts. 322 e 324 do CPC, o pedido deve ser certo (expresso) e determinado. Compreendem-se, no pedido principal, os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, incluindo-se também os honorários advocatícios.

Esse reclame processual justifica-se pela necessidade de se terem delimitados os contornos da demanda, mas não pode, em absoluto, confrontar o princípio da razoabilidade. Por isso, permite o legislador que algumas situações, descritas nos incisos do citado art. 324, excepcionem as exigências de certeza e determinação. São elas: as ações universais, em que há impossibilidade de o autor especificar os bens demandados; as ações em que não se identifique de imediato a extensão do dano sofrido pelo autor e, também, quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato a ser praticado pelo réu. Nestes casos, a exceção se impõe pela necessidade de adequação do rito,

que, contemporizando as adversidades da faticidade, não permite que a indeterminação circunstancial justifique qualquer impossibilidade de pronunciamento judicial.

Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo, vítima de um atropelamento pretenda ir a juízo para obter uma indenização e o custeio das sessões de fisioterapia. Ora, como a recuperação se correlaciona com os aspectos individuais e corporais de cada pessoa, não se poderia prever, já na fase inicial, a quantas sessões o autor deveria comparecer para o restabelecimento de seus movimentos. Considere-se ainda, que, em algumas vezes, a delimitação do pedido reclama a prática de determinado ato por parte do réu, o que inviabilizaria a aplicação do citado artigo, já na apresentação da exordial.

Essa flexibilidade, que permite a formulação de pedidos genéricos, também se aplica para a necessidade de esses estarem expressos, pois o Código dos ritos claramente tolera a existência de pedidos implícitos, que, a exemplo dos juros de mora, podem ser deferidos pelo juiz ainda que a inicial não os tenha apresentado por escrito.

Deve-se, ainda, considerar que o pedido deve ser apresentado sob as perspectivas imediatas e mediatas. Aquela se reporta à providência judicial pleiteada em juízo, esta refere-se ao bem da vida.

ELEMENTOS DA AÇÃO

PARTE	AUTOR	RÈU
PEDIDO	IMEDIATO	MEDIATO
CAUSA DE PEDIR	REMOTA	PRÓXIMA

7.7 CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Findo o estudo dos elementos da ação, podemos agora nos debruçar sobre os fenômenos da conexão e da continência. Devemos observar que a retomada das causas de modificação de competência, após o estudo dos elementos da ação se justifica, uma vez que a compreensão desse assunto reclama prévio conhecimento do pedido e da causa de pedir, visto nas linhas acima.

Feitas essas considerações de ordem metodológica, podemos afirmar, com estribo na doutrina especializada,[127] que a conexão se caracteriza por ser uma relação de semelhança que se estabelece entre duas ou mais demandas; assim, confrontando-se os elementos estudados acima – parte, pedido e causa de pedir –, todas as vezes que verificarmos uma identidade parcial, estaremos diante desse fenômeno. No entanto, a redação empregada pelo art. 55 do CPC deixa claro que o legislador processual percebe a conexão por identidade de pedido ou de causa de pedir, desconsiderando, portanto, seu elemento subjetivo.[128]

A conexão, portanto, se caracteriza como fato, qual seja, a relação de semelhança que se estabelece entre duas ou mais demandas. A consequência disso traduz imposição para que determinado órgão, diante da reunião, passe a ser competente para julgar as demandas que, por provocação das partes ou mesmo por manifestação judicial, lhe foram remetidas em consequência desse fenômeno. Argui-se, pela oportunidade, que nessa alteração somente se incluem as competências relativas, uma vez que as competências absolutas não admitem prorrogações.

Dito de outra forma: uma vez identificada a relação de semelhança entre demandas, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ordenará a reunião das ações propostas em separado para que sejam decididas simultaneamente. Temos exemplo de conexão quando acionistas de uma mesma empresa pleiteiam a anulação de determinada assembleia, ou quando candidatos pleiteiam a anulação de um mesmo concurso por haver falhas no edital.

Essa reunião também se justifica pelo intuito de evitar que ações semelhantes, ainda que não contempladas pelo conceito de conexão, sejam resolvidas por decisões absurdamente distintas, comprometendo dessa forma os primados da segurança jurídica e

da economia processual. Não por outra razão, dispõe o legislador, no § 3º do citado art. 55: “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

Devemos agora considerar: qual juízo deverá atrair as demandas semelhantes? A resposta encontra-se no art. 58 do CPC/2015, que, por respeito ao princípio da perpetuação e do juiz natural, determina a reunião das ações no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.

Por fim, estudamos a continência, cuja delimitação conceitual é estabelecida pelo art. 56 do CPC/2015, sob os termos de que: “Dá-se continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às artes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”. A definição prevista pela legislação apresenta, em verdade, uma conexão qualificada pelo pedido, pois demanda identidade de partes e causa de pedir, sustentando apenas que o pleito de uma das demandas é maior que o da anterior. Exemplo clássico de continência nos é entregue quando as mesmas partes, por conta do mesmo vício contratual, pleiteiam inicialmente a anulação de uma cláusula contratual e, em um segundo momento, deduzem, em juízo, a pretensão de anular todo o contrato.

7.8 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

A classificação das ações já demandou a utilização de critérios variados a fim de melhor sistematizar o estudo da matéria. Por essas linhas já se apresentaram ações reais e pessoais, mobiliárias e imobiliárias, reipersecutórias penais e mistas, dentre outras. Sem prejuízo disto, passamos a classificar as ações sobre o tipo de tutela almejada em juízo que, conhecidamente, é aceita pela maior parte da doutrina brasileira.[129] A eleição desse critério, ao que nos parece, melhor se adequa à realidade processual contemporânea, que nos dias atuais se revela mais preocupada com a efetividade do direito.

Sob esta ótica, as ações se classificam pelo resultado almejado em juízo e apresentam-se como: meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias.[130] Em corolário ao que aqui já se afirmou sobre o conceito da ação que, como poder jurídico de deduzir relações afirmadas, apresenta estreita correlação com o direito material, passamos a estudá-la em comunhão com sua efetividade.

As ações meramente declaratórias se limitam a certificar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica afirmada em juízo. A satisfação, neste caso, se alcança pelo pronunciamento judicial, que, ao dispor sobre a relação afirmada, também apresenta os seus contornos jurídicos. É o caso de quem deduz em juízo a pretensão de ver reconhecida a existência de união estável. Nele, almeja-se o reconhecimento de sua existência e, quando for o caso, também a sua dissolução, vez que a resposta judicial contemplará também o tempo de duração e as pessoas envolvidas. Em síntese, certifica-se, por intermédio da jurisdição, se a relação afirmada e o correlato direito decorrente dela existe, não existe e como existe.

A ação declaratória, em acordo com o Enunciado 181 do STJ, é admissível também, para obter certeza quanto à exata interpretação contratual. Deve-se observar que essas demandas não se submetem a prazos prescricionais.

Questão interessante é saber se a ação declaratória pode se limitar a certificar uma violação, vez que a experiência nos mostra ser absolutamente comum que a pretensão, nesse caso, almeje também uma indenização para de alguma forma recompor os prejuízos. Em resposta, determina o art. 20 do CPC/2015 ser admissível ação declaratória ainda que tenha ocorrido violação do direito. Consagra-se, com isso, entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria.

As ações constitutivas se correlacionam com os direitos potestativos, de sorte que o direito decorrente da relação jurídica afirmada em juízo pelo poder de ação não reclama, para sua efetivação, nenhum comportamento específico da parte contrária. Para melhor compreensão, relembramos que o direito potestativo se caracteriza como o direito de interferir na situação jurídica de

outrem, criando, modificando ou extinguindo a relação jurídica. Exemplo disto se apresenta pela ação de divórcio, que, quando submetida ao crivo do Judiciário, não reclama da parte adversa nenhum comportamento ou anuência para que, ao final, se extinga o vínculo matrimonial. Sendo assim, pode-se afirmar que esses direitos não admitem violação, não admitem descumprimento, pois dependem apenas da vontade do titular.

As ações condenatórias, por sua vez, correlacionam-se com direitos subjetivos, e, em função disto, reclamam, para a sua satisfação, a adoção de um determinado comportamento. Explique-se: diferentemente do direito potestativo, que para sua realização demanda apenas a vontade do titular, a efetividade dos direitos subjetivos reclama que um terceiro observe seu dever jurídico e adote uma prestação de fazer, não fazer, dar coisa ou dinheiro. É o que se percebe nos contratos de locação e de compra e venda, dentre outros. Em casos como estes, o suposto inadimplemento da relação de direito material caracteriza a violação prevista no art. 189 do diploma civil, transformando esse direito subjetivo em uma pretensão. Como o Estado veda a autotutela, será necessário provocar o exercício da jurisdição, por intermédio do poder de ação. A esta altura, já sabemos que uma vez exercido esse poder constitucional, a demanda (direito de ação exercido), deduzirá em juízo a afirmação de uma relação jurídica com os seus respectivos direitos e deveres. Sendo esse direito um direito subjetivo, sua efetividade se atrela ao comportamento da parte contrária que, voluntariamente ou por determinação judicial, deverá cumprir seus deveres originários.

Essa classificação, pautada pela relação jurídica afirmada em juízo, ao que nos parece, melhor se correlaciona com o conceito de ação e sua correlata ligação com os direitos afirmados, e, por esta razão, adotamos aqui, sem prejuízo de outras referências doutrinárias, essa vertente didática para melhor sistematização.

TEORIAS DA AÇÃO	

Civilista ou Imanentista	A ação seria o próprio direito material em movimento, tanto no aspecto civil como no âmbito jurisdicional. O Processo não era um ramo autônomo.
Concretista	A ação é um direito exercido contra o Estado, a fim de provocá-lo, para o exercício da jurisdição, e só existe se o resultado final for favorável.
Abstrata	A ação é o direito de provocar a atuação do Estado, a fim de que se exerça a jurisdição, e existe, qualquer que seja o resultado. É, simplesmente, o direito de obter um pronunciamento jurisdicional.
Eclética	A ação, assim como na teoria abstrata, não depende do direito material para existir. Há, entretanto, a categoria das condições da ação, que o autor deve observar para assegurar sua existência, do contrário, ele seria carecedor de ação.
Eclética II	A ação segue sendo o direito de provocar o Estado e existe, mesmo sem o direito material. Mantém-se a categoria das condições da ação. Todavia, aqui, elas são requisitos para que o provimento final seja de mérito.
CPC 2015	Uma primeira linha defende a

	permanência das condições e a manutenção da Teoria Eclética II, que hoje consagraria a legitimidade para a causa e o interesse de agir. A segunda corrente, defendida neste manual, compreende que essas exigências formais, para o exame do mérito, hoje integram os pressupostos processuais, para os quais remetemos o leitor.
ELEMENTOS DA AÇÃO	
Parte	Autor: quem postula x Réu: em face de quem se postula. Nesses casos, atua-se com parcialidade. Há, também, a possibilidade de haver parte incidente ou parte no incidente, o que acontece, por exemplo, quando o juiz passa a se defender da arguição de impedimento ou suspeição.
Causa de pedir	Remota: o fato que desenlaça a relação jurídica afirmada em juízo pelo poder de ação, e tudo o mais que for necessário para afirmar a suposta titularidade de um direito, por parte do autor. Próxima: a relação jurídica deduzida e afirmada em juízo, em que o autor aparece como titular de um direito ou interesse, e o réu, como titular de um dever, obrigação ou estado de sujeição.
Pedido	O pedido é o elemento nuclear da ação,

	e deve traduzir o efeito jurídico pretendido. Perceba que deve haver correlação lógica entre o pedido e a causa de pedir.

[114] Nos termos do art. 75 desse Código: “A todo direito corresponde uma Ação que o assegura”.

[115] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. p. 296.

[116] Esta vinculação ainda hoje se faz presente no ordenamento jurídico, em especial nas leis civis, em que se confundem as ideias de ação e de direito material.

[117] WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. v. I, p. 45-46.

[118] Para maiores considerações e críticas acerca dessa teoria, consulte-se a obra de SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil.* 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 105.

[119] Para maiores informações, consulte-se: SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 106.

[120] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ação. In: VV.AA. *Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. I, p. 5.

[121] Essa é a teoria mais aceita entre a doutrina nacional.

[122] Registre-se ainda que essa teoria, ao entender a ação como direito decorrente da personalidade, permite ao estudioso compreender o seu caráter constitucional, uma vez que a correlaciona com os princípios da inafastabilidade e do dever de exercer a jurisdição.

[123] Por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 199. (Primeira Série.)

[124] Contra esse entendimento, Ovídio Baptista defende que parte é um conceito estritamente processual. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 134-135.

[125] Art. 189, CC: “Violado o direito subjetivo, nasce para seu titular uma pretensão, que se extingue pela prescrição”.

[126] Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior identifica, na causa próxima, os fundamentos jurídicos, que seriam as consequências previstas pelo ordenamento em decorrência do acontecimento dos fatos.

[127] CÂMARA, *Alexandre. Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I, p. 105.

[128] Atente-se para o fato de que o art. 103 do CPC/1973 já empregava redação em sentido semelhante para definir a conexão.

[129] Dentre seus defensores se destacam: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 162; CÂMARA, Alexandre. Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I, p. 129.

130 Adotando uma classificação distinta das ações, é possível tratar da ação mandamental, o que não nos parece mais adequado, em decorrência da citada ação, em verdade, traduzir um comando para o cumprimento de obrigação. Isso, por si, já autoriza sua inclusão na citada ação condenatória. O elemento distinto, nesse caso, reside apenas nos meios utilizados pelo Estado para a obtenção do resultado, que aqui, frequentemente, se afirmam pelo emprego de multas e pelo crime de descumprimento da decisão judicial. Nesse sentido, consulte-se a proposta de Marinoni.



8.1 INTRODUÇÃO

Muitas linhas já foram traçadas para explicar a natureza desse instituto, indispensável para o exercício da jurisdição. Parte dessas teorias possui apenas um valor histórico, mas serão aqui referidas em razão da proposta didática do curso e da preocupação em conduzir o aprendizado pela evolução do pensamento científico.

Certo de que o processo não nasce com a autonomia científica, deve-se fazer o registro de que, inicialmente, o paradigma individual e privatista sob o qual se encontravam os alicerces do diploma civil orientou a leitura do fenômeno processual. São tempos em que o entendimento dominante assegura apenas a existência de normas materiais. Sustenta-se que o diploma civil é capaz de sozinho responder aos reclames do indivíduo, chegando-se mesmo a afirmar que o Código Civil seria, em verdade, a constituição da vida privada.

Com essa perspectiva, foram traçadas as linhas da teoria imanentista ou civilista, para a qual o processo seria apenas uma manifestação concatenada de atos, não havendo, destarte, diferenças entre ele e o que hoje se entende por procedimento. O direito de ação, por sua vez, seria apenas uma manifestação do próprio direito material.

8.2 TEORIAS

No século XIX, a doutrina francesa, baseada em fragmentos do direito romano[131] e inspirada pela teoria política de Rousseau, defendeu uma vertente privatista do processo, percebendo-o como um contrato, isso, por acreditar que as manifestações de vontade das partes, em acordo, legitimariam o exercício da jurisdição, submetendo-as, assim, à decisão arbitral ou judicial.

Essa teoria, ainda hoje revela alguns aspectos da relação processual, pois, se a atividade jurisdicional é a manifestação de um poder soberano, é fato inconteste que durante o exercício dessa atividade, as partes gozam de alguma liberdade na condução do processo. Isto explica, por exemplo, por que as partes podem pleitear a suspensão (sobrestamento) do processo, ou mesmo negociar uma resposta que possa, em seguida, obter a homologação do Estado-juiz. Atente-se ainda para o exercício regular da arbitragem, como manifestação de cláusula contratual, e para a autonomia conferida aos sujeitos processuais pelo negócio jurídico processual, cujos termos estão vazados pelo art. 190 do CPC/2015.

O entrave teórico dessas premissas privatistas, entretanto, se revela pela impossibilidade de conciliar a soberania do Estado e o monopólio de jurisdição, com a autorização anterior de seus súditos ou jurisdicionados.

Mesmo com a propagação de muitas teorias, a independência do processo sempre encontrou óbices na falta de sistematização. Essa realidade começa a mudar com a publicação, na Alemanha, da teoria de Oskar von Bülow[132] que, em seu livro *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, apresenta o processo como uma relação jurídica, distinta da relação jurídica material, e aduz, para tanto, sujeitos, objetos e pressupostos diversos daqueles encontrados na seara civil.[133]

A essa percepção de que o processo é uma relação jurídica, devemos acrescer a doutrina de Elio Fazzalari,[134] para quem o processo se caracterizaria por uma sequência de atos concatenados, destinados a reger a forma de conduta das partes

envolvidas, em presença do princípio constitucional do contraditório. Mais objetivamente, poder-se-ia afirmar que, para o citado autor, processo é o procedimento, desenvolvido com ciência das partes e a respectiva possibilidade de manifestação.

Deve-se observar que esse conceito de processo abarca não só a vertente jurisdicional, mas qualquer outra espécie de procedimento organizado de forma lógica e razoável, como o procedimento administrativo.[135]

8.3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Sem prejuízo das teorias anteriores, entendemos que o processo, enquanto relação jurídica, se afirma sob influência dos vetores hermenêutico-constitucionais, para viabilizar o exercício da jurisdição.[136] Dito com linhas mais simples: a compreensão do processo deve ser feita a partir do horizonte constitucional, isso porque não se pode conciliar as ideias de procedimento, contraditório e instrumento jurisdicional, a partir de premissas descontextualizadas e nem sempre compatíveis com nossa ordem constitucional.

É dizer: o novo sistema processual viabiliza o exercício da função jurisdicional sob a regência de garantias historicamente absorvidas pela tradição jurídica, em benefício dos direitos fundamentais.

Em decorrência do que aqui se defendeu acerca da coerência e da integridade, podemos observar que o contraditório, percebido durante toda a dinâmica processual, hoje reclama influência e não surpresa, pois esse é o seu conceito atual.

Pela mesma razão, sua natureza instrumental não pode, nos dias atuais, ser evocada para elidir a aplicação do novo modelo de regras e princípios, a fim de acolher livres convencimentos pessoais. Afinal, aplicar a lei, atualmente, é proteger um padrão ético de comportamento, consubstanciado democraticamente pela sociedade, com o resgate da faticidade e da dignidade do homem.

Registre-se, ainda, que a condução da relação processual, em decorrência do padrão hermenêutico firmado pela coerência, demanda a construção de procedimentos específicos, a partir da especificidade da demanda.

Dito isso, podemos concluir que o processo, enquanto relação jurídica,[137] observa o contraditório substantivo (influência e não surpresa) e se manifesta por meio de um procedimento adequado às especificidades da demanda.

Essa noção de processo é ampla e pode ser encontrada nas atividades estatais e não estatais.[138] De fato, podemos encontrar essa manifestação em processos legislativos e administrativos, ou mesmo em atividades paraestatais, como a mediação e a arbitragem, uma vez que também nesses casos temos uma relação jurídica com observância do contraditório.

Dentre as diversas espécies (administrativo, legislativo ou privado), nos interessa a espécie que viabiliza a atividade jurisdicional. Para isso, faz-se necessário pontuar que a relação jurídica processual, em seu aspecto intrínseco, se diferencia das demais por apresentar como um de seus sujeitos, o Estado-juiz, não se confundindo, portanto, o processo jurisdicional com as demais espécies de processo.[139]

8.4 OBJETO DO PROCESSO[140]

O objeto do processo é apresentado pelo pensamento alemão sob a rubrica de STREITGEGENSTAND, e pode ser definido como a pretensão deduzida em juízo.

No Brasil, essa tese encontra respaldo na obra de Afrânio Silva Jardim, para quem o objeto do processo seria o próprio pedido do autor, representado em juízo através de uma manifestação de vontade dirigida ao Estado, sobre a qual se deverá exercer a atividade jurisdicional.[141]

Assim, se o objeto do processo é a pretensão deduzida em juízo e se uma vez deduzida, o Estado deverá, por respeito à natureza da

atividade jurisdicional, viabilizar o desenvolvimento de uma relação jurídica (processo) para, ao final, emitir um pronunciamento.

8.5 CARACTERÍSTICAS

A noção de relação jurídica é apresentada pela Teoria Geral do Direito, e pode ser definida como: relação entre dois ou mais indivíduos, da qual decorrem consequências juridicamente relevantes, o que reclama, por parte do Estado, certo grau de normatização. É o que temos, por exemplo, no contrato de locação, ou, na compra e venda de um determinado imóvel.

Firmada a premissa de que a noção de relação jurídica é tratada pela Teoria Geral do Direito, devemos, por absoluto compromisso com a didática, identificar que características nos permitem adjetivar a relação jurídica convencional, para que então se possa assegurar a existência de relação jurídica peculiar: uma relação jurídica processual.

Sua existência já se afirma pela presença do autor e do Estado-juiz, não sendo necessário incluir um terceiro sujeito. É dizer: a existência do processo não reclama a inclusão do réu como antecedente lógico. Veja que ao deduzir uma pretensão em juízo, provocando o exercício da jurisdição, o autor poderá ter de imediato uma decisão judicial, como a de inépcia da inicial, sem com isso comprometer a observância de um procedimento adequado nem a presença do contraditório, uma vez que a manifestação judicial deverá estar motivada e caberá ao autor, se se sentir prejudicado, observar o trâmite para provocar o duplo grau de jurisdição; isto tudo sem que um terceiro sujeito seja chamado a integrar a relação.

A natureza pública é sua primeira característica, vez que o Estado-juiz se apresenta, na relação jurídica processual, como um de seus sujeitos, destacando-se, no entanto, pela exigência constitucional de imparcialidade.

O dinamismo é outro traço marcante dessa relação, já que as partes envolvidas se encontram em frequentes situações de vantagem, como a de produzir prova, e em outras vezes são

colocadas em situações adversas, como o dever de apresentar determinado documento. Essa progressividade, resultante das diversas situações jurídicas pelas quais passam as partes no processo, advirta-se, não se percebe frequentemente na relação de direito material, que, ao revés, costuma ser estática.

8.6 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS[142]

8.6.1 Considerações gerais

A ideia de pressupostos, requisitos e condições é matéria tratada pela Teoria Geral do Direito, e se reporta a diferentes momentos da relação jurídica. Em termos práticos, pode-se afirmar que os pressupostos são antecedentes lógicos e afetam diretamente o plano de existência. Os requisitos ou elementos afetam o plano de validade, e se correlacionam com o tempo presente, servindo mesmo para adjetivar um ato que, existindo, pode ser válido ou inválido, por exemplo. Já a condição, reporta-se a um acontecimento futuro, e pode modificar a aptidão de determinado fato na produção de efeitos.[143]

O desenvolvimento teórico dessa categoria, em muito, é fruto do esforço intelectual de Oskar von Bülow que, ao analisar os fatos que compõem a relação material deduzida em juízo pelas partes, conseguiu verificar a existência de fatos diversos na relação processual. Não há consenso, é verdade, sobre a classificação, mas, por opção metodológica, adotaremos a proposta apresentada pelo CPC/2015.

De início, afirmamos: há duas espécies de juízos exercidos na relação jurídica processual: o juízo de admissibilidade – feito sobre o procedimento – e o juízo de mérito – feito sobre a pretensão deduzida. O juízo de admissibilidade guarda para com o mérito uma relação de antecedência lógica, e deve ser feito antes. Trata-se, portanto, de uma questão preliminar. A natureza de sua decisão é declaratória, com efeitos *ex tunc*, em quase todas as hipóteses.

Ao exercer o juízo sobre a admissibilidade, o Judiciário se posiciona sobre a validade do procedimento, afirmando sua idoneidade. O exame seguinte será sobre o mérito.

Essa análise preliminar considera questões de fato e de direito, e traduz exigência legislativa. Admite-se, entretanto, que, em alguns casos, de modo excepcional, o juiz possa se manifestar sobre o mérito, mesmo diante de eventual desatenção para com requisitos de validade do processo, isso se a decisão favorecer a parte cuja posição processual seja beneficiada pela verificação da nulidade.

Sobre o tema, dispõe o art. 282, § 2º, do CPC/2015: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. Imagine, por exemplo, que o juiz possa extinguir o processo, sem resolver o mérito, por falta de algum requisito que lhe afete o plano de validade. Isso, de imediato, pode favorecer o réu, mas o caso concreto pode permitir o reconhecimento de prescrição da pretensão deduzida em juízo pelo autor, o que evidentemente implica decisão ainda mais benéfica para o demandado. Some-se a isso a norma fundamental de primazia do julgamento do mérito, e teremos, diante de casos específicos, várias possibilidades de aplicação.

Feitas as considerações introdutórias, passamos a observar, sob a ótica do novo diploma, os pressupostos, requisitos e condições, correlatos à relação processual.[144]

8.6.2 Pressupostos subjetivos

8.6.2.1 Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte na demanda, também conhecida como a capacidade de ser autor ou réu, em determinado processo, caracteriza-se como precedente lógico de existência da relação jurídica, pois essa não surge sem a presença de sujeitos. Chega-se mesmo a afirmar que a capacidade de ser parte seria em verdade a personalidade judiciária, pois representaria a aptidão para assumir uma situação jurídica processual.[145]

São dotados dessa capacidade todos aqueles que detenham personalidade civil, como as pessoas físicas e jurídicas, além de alguns entes despersonalizados, como o condomínio, a massa falida e o espólio. Podem ainda ser parte o nascituro, as comunidades indígenas, as sociedades de fato, as não personificadas, as sociedades irregulares e os órgãos públicos desprovidos de personalidade, como o Ministério Público.

A personalidade judiciária, como se pode notar, é mais ampla do que a personalidade civil, uma vez que mesmo entes sem personalidade jurídica, podem deter a personalidade judiciária e figurar no processo como partes na demanda, sendo autores ou réus.[146]

8.6.2.2 Órgão investido de jurisdição

Passamos agora a considerar outro pressuposto, qual seja, a presença de um órgão investido de jurisdição, já que dentre os sujeitos da relação processual, apresenta-se o Estado-juiz, como sujeito imparcial,[147] para exercer soberanamente a função jurisdicional.

A supremacia com a qual se apresenta o Estado é um desdobramento lógico da soberania, já que assim são exercidas as suas funções: a administrativa, a legislativa e também a função jurisdicional. Já a imparcialidade, também apresentada como equidistância, é um reflexo do princípio constitucional do juiz natural, e empresta, em tese, legitimidade à decisão judicial.[148]

Para assegurar o exercício soberano e independente da função jurisdicional, o legislador constitucional estabelece, na redação do art. 95 da CRFB, garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Em absoluta consonância com essa posição constitucional, prevê o nosso Código de Processo Civil, à altura dos arts. 144 e 145, hipóteses em que o juiz, enquanto agente estatal comprometido com o princípio da imparcialidade, deve ser afastado caso esteja impedido por força do citado art. 144, ou manifestar-se,

caso lhe seja arguido um possível comprometimento, quando então estaremos tratando de suspeição.[149]

8.6.3 Pressupostos objetivos

8.6.3.1 Ato inicial da relação processual

A relação processual, como as demais relações jurídicas, precisa de um fato para existir, e por termos a inércia como característica da jurisdição, podemos concluir que o ato de deduzir uma pretensão em juízo é o seu marco inicial. Essa ideia não deve, no entanto, confundir as noções de ato, instrumento e objeto. O ato de pleitear em juízo, como fora dito anteriormente, inaugura a relação processual, sendo mesmo o seu fato jurídico. Esse ato reclama um instrumento, algo que lhe permita ter concretude, sem com ele se confundir. O instrumento ou veículo, nesse caso, será a petição inicial. Por fim, observamos que o pedido deduzido em juízo, ao tempo que encontra na petição uma forma de registro do feito, torna-se também o objeto, sob o qual deverá recair, pela primazia do mérito, a decisão judicial.

8.6.4 Plano de validade: requisitos de admissibilidade

Vencido o plano de existência, passamos ao plano de validade, que irá nos apresentar os requisitos de seu desenvolvimento regular. Sua análise, por óbvio, pressupõe a existência da relação. É dizer, com linhas mais simples, que nesse momento vamos adjetivar o que já se apresenta no plano de existência, a saber: as partes, o órgão investido de jurisdição e a demanda, consubstanciada pelo exercício do direito de ação.[150]

Sem prejuízo dessas lições, passamos a incorporar os requisitos processuais: a legitimidade para a causa e o interesse de agir. Isso, em razão de entendermos que a categoria das condições da ação, previstas no Código revogado, já não existem mais. A consequência prática dessa mudança, entendemos, se afirma pela manutenção de apenas dois juízos acerca do processo. O primeiro, de

admissibilidade, considera os pressupostos, requisitos e condições, em caráter preliminar. O segundo, sobre o mérito, observa as pretensões deduzidas em juízo e eventualmente as questões prejudiciais, desde que observadas as diretrizes legais.

Dito isso, passamos à análise da legitimidade para a causa, compreendida neste curso como requisitos de validade da relação jurídica processual.

8.6.4.1 Legitimidade para a causa

A legitimidade das partes, muitas vezes apresentada como *legitimatio ad causam*, consiste na pertinência subjetiva que hodiernamente envolve os titulares da relação de direito material deduzida em juízo, e os sujeitos que se encontram autorizados a buscar sua proteção. Sua inclusão dentre os requisitos de admissibilidade do processo se faz pela proposta deste curso, que considera superada a categoria das condições da ação, e compreende, dentro do novo ordenamento processual, apenas duas categorias sob as quais se exerce juízo: juízo de admissibilidade e juízo de mérito. No sentido do texto, manifestam-se, dentre outros, Fredie Didier Jr., para quem:

> A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.
> A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplauso.[151]

Assim, se de um lado garantimos a todos os jurisdicionados o acesso à justiça, de outro, o ordenamento jurídico estabelece uma exigência, relacionada às partes, para que possam levar a juízo, de

modo eficaz, a pretensão decorrente da relação jurídica afirmada pela demanda. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo, regularmente.[152] Não por outro motivo, dispõe o CPC/2015, em seu art. 17, que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade. É dizer: os sujeitos da demanda (autor e réu) devem manter, para com a relação jurídica de direito material afirmada em juízo, uma relação de pertinência subjetiva.

Trata-se, portanto, de uma qualidade jurídica que se reporta a ambas as partes da demanda, e que hodiernamente se identifica pela titularidade da relação de direito material afirmada pelo demandante. Sobre o tema, dispõe o art. 18 que: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Exemplificando o que acaba de ser dito, podemos sustentar a celebração de um determinado contrato de compra e venda; considerando que no instrumento contratual tenhamos como partes os conhecidos Caio e Tício, e que este último não tenha honrado o pagamento das parcelas, iremos presumir que, diante de eventual descumprimento do contrato, apenas Caio terá legitimidade para, em juízo, afirmar a respectiva relação de direito material consubstanciada no contrato, devendo sinalizar Tício como titular do dever de pagamento das parcelas restantes.

Em casos excepcionais, quando a peculiaridade do caso assim o exigir, o ordenamento permite que alguém possa ir a juízo pleitear, em nome próprio, direito do qual não é o titular. Fala-se então na legitimidade extraordinária, que, como veremos, poderá ser exclusiva, concorrente ou subsidiária.

A legitimidade extraordinária exclusiva é medida excepcional, e, em tese, pode ser admitida apenas quando não se for capaz de identificar o titular do direito sob o qual se pleiteia a proteção judicial, a exemplo do que ocorre na Ação Popular, que confere ao cidadão legitimidade para buscar em juízo a proteção de um interesse supraindividual. Todavia, afastar o real titular do direito da possibilidade de buscar sua proteção, quando se faz possível a sua

identificação, conferindo-se a um terceiro, com exclusividade, o poder de provocar o exercício da jurisdição, afronta absurdamente os princípios constitucionais do acesso à justiça e à tutela adequada.

A legitimidade extraordinária concorrente se caracteriza por permitir que o legitimado ordinário possa exercer o poder jurídico isoladamente, ou em conjunto com o legitimado extraordinário. Um bom exemplo desta espécie de legitimidade é apresentado na investigação de paternidade, pois, em respeito à particular condição do menor impúbere, o legislador autoriza que, conjuntamente com o titular desse direito, possa também atuar o Ministério Público.

Em arremate, passamos a considerar a legitimidade extraordinária subsidiária, que permite a um terceiro, então considerado legitimado extraordinário, atuar, diante da inércia do legitimado ordinário. Tal hipótese está descrita nos termos do art. 159, § 3º, da Lei 6.404/1976, permitindo a qualquer acionista demandar o administrador pelos prejuízos sofridos pela sociedade anônima em decorrência de sua gestão, se, pelo período de três meses a contar da deliberação da assembleia, essa mesma sociedade, legitimada ordinária, não se mostrar diligente.

Essa classificação, que indica três espécies de legitimidade extraordinária, não goza de ampla aceitação na doutrina brasileira, sendo necessário, ante o fim didático desta obra, fazer-se referência ao entendimento dissonante de José Carlos Barbosa Moreira. O ilustre autor, em sua obra,[153] há muito defende outra forma de classificação, apresentando, para tanto, como espécies de legitimidade extraordinária, a legitimidade autônoma e a subordinada. Eis a explanação sobre a legitimidade subordinada, que, pela credibilidade da obra, segue nos termos originais: “não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, junto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir”.

Preleciona ainda o citado autor, sobre a legitimidade autônoma, que, nesses casos, o legitimado extraordinário atua com total

independência em relação à figura do legitimado ordinário.

Conclusão: para garantir o exercício regular da jurisdição, permitindo o avanço pelo campo da admissibilidade do procedimento, a fim de que se possa examinar o mérito, necessário se faz verificar a regularidade da pertinência subjetiva entre os titulares da relação material afirmada em juízo e as partes da demanda. Do contrário, sendo a legitimidade uma questão preliminar, a consequência será a extinção do processo sem a resolução do mérito, exatamente como determinado pela redação do art. 485 do CPC/2015.

ATENÇÃO

A Lei 13.806, de 10 de janeiro de 2019, acrescentou dispositivos à Lei 5.764, de 1971, que trata da política nacional de cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas. Com isso, a cooperativa poderá ser dotada de legitimidade extraordinária autônoma concorrente para agir como substituta processual em defesa dos direitos coletivos de seus associados quando a causa de pedir versar sobre atos de interesse direto dos associados que tenham relação com as operações de mercado da cooperativa, desde que isso seja previsto em seu estatuto e haja, de forma expressa, autorização manifestada individualmente pelo associado ou por meio de assembleia geral que delibere sobre a propositura da medida judicial.

8.6.4.2 Legitimidade para o processo

A legitimidade para o processo ou *legitimatio ad processum*, também grifada como capacidade processual, é a aptidão para praticar os atos processuais sem a necessidade de representação

ou assistência.[154] Sua regulamentação é feita pelo art. 70 do CPC, que dispõe: “Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Logo em seguida, disciplina o art. 71 do mesmo diploma: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”.

Traçando-se um paralelo com as linhas do diploma civil, pode-se mesmo afirmar que há equivalência entre a capacidade processual e a capacidade civil. Assim, se a parte é maior e civilmente capaz, poderá comparecer em juízo e praticar atos sem a necessidade de assistência ou representação. Na mesma linha de raciocínio, um menor, considerado absolutamente incapaz para a prática dos atos na vida civil – muito embora possa ser titular de direitos, já que detém personalidade –, terá que ser representado em juízo.

Para ilustrar o que acaba de ser dito, podemos estudar o caso do menor impúbere, que em sua condição humana detém personalidade jurídica e pode ser titular de direitos e deveres. Perceba que, mesmo titularizando direitos, a falta de capacidade civil e a correlata falta de capacidade processual, lhe impedem de pleitear em juízo a concessão de pensão alimentícia, sem a devida representação. De fato, não se pode exigir que aquele que é absolutamente incapaz venha a juízo buscar, sozinho, a defesa consistente de seus direitos. Por esta razão, seu representante deverá, em nome do menor, praticar os atos da relação processual.

Deve-se ainda registrar a possibilidade de termos incapacidade eminentemente processual, o que autoriza a nomeação de um curador especial. Tais situações normalmente ocorrem quando há risco de comprometimento do contraditório e ampla defesa, a exemplo do réu preso revel, bem como do réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado, casos em que o juiz, mesmo que o indivíduo seja plenamente capaz de praticar os atos civis, receberá, do Estado, a nomeação de um representante para garantir a sua participação.

Pela mesma razão, também se assegura a curadoria especial nos casos em que o incapaz não tenha representante legal ou quando houver colisão de interesse entre ambos.

A curatela especial, por expressa determinação legal, consubstanciada pelo parágrafo único do art. 72, será exercida pela Defensoria Pública.

Tratando-se de pessoas jurídicas, exige-se que estas estejam regularmente representadas.[155] Sobre o tema, dispõe o CPC/2015 que a União será representada pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado; o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores; o Município, por seu prefeito, procurador ou por Associação de Representação de Municípios, quando expressamente autorizada; a autarquia e a fundação de direito público serão representadas por quem a lei desse ente federado designar; a massa falida, por seu administrador judicial; a herança jacente ou vacante, pelo curador; o espólio, pelo respectivo inventariante; a pessoa jurídica, por quem detenha poderes para tanto, previstos em seus atos constitutivos ou, não havendo essa designação, por seus diretores; a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil e o condomínio, pelo administrador ou síndico.

A falta de capacidade processual ou mesmo a irregularidade na representação da parte, segundo a redação empregada pelo art. 76 do CPC/2015, enquanto questão preliminar ao exame do mérito não implica extinção direta do processo.[156] Ao revés, suspende o trâmite da marcha processual por prazo razoável, a ser determinado pelo magistrado, a fim de que o vício seja sanado.

Descumprida a determinação, caso o processo se encontre em instância originária, a relação será extinta somente se a prática do ato for de responsabilidade do autor. Se a irregularidade ou incapacidade for do réu, esse será considerado revel. Se o descumprimento se der em sede de tribunal, nos casos em que esse figurar como órgão revisor, as consequências são distintas e implicam não conhecimento do recurso ou desentranhamento das contrarrazões, caso o ato seja de responsabilidade do autor ou do réu, respectivamente.

Sobre o tema, destaca-se a Súmula 594 do STJ, que reconhece legitimidade ao Ministério Público para ajuizar a ação de alimentos em benefício da criança ou do adolescente, ainda quando não for exercido o poder familiar dos pais, e, ainda, quando não se verificarem as situações de risco descritas pelo art. 98 do ECA. O reconhecimento dessa legitimidade, advirta-se, não demanda questionamentos sobre a existência da Defensoria na comarca.

ATENÇÃO

Nos termos do art. 75, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei 14.341/2022, a representação judicial do Município pela Associação de Representação de Municípios somente poderá ocorrer em questões de interesse comum dos Municípios associados e dependerá de autorização do respectivo chefe do Poder Executivo municipal, com indicação específica do direito ou da obrigação a ser objeto das medidas judiciais.

TUTELA E CURATELA

TUTOR

O tutor é nomeado quando o filho não tem pais ou quando houve perda do poder familiar.

CURADOR

O curador é nomeado para atuar quando o indivíduo não tem discernimento para os atos da vida civil (p. ex., pessoas idosas com alguma doença).

CURADOR ESPECIAL

A curatela especial é uma situação na qual há necessidade de um advogado para representar em juízo a parte. É um patrono nomeado pelo juiz para postular em nome de determinada parte que apresenta situação de hipossuficiência.

8.6.4.3 Capacidade processual dos cônjuges

A concepção do matrimônio é fato de alta relevância para o mundo jurídico, alterando significativamente a capacidade processual das pessoas casadas. O reflexo disto se revela no art. 73 do CPC, e, ainda, nos arts. 1.643 a 1.648 do CC.

O art. 1.647 do Código Civil, mais precisamente em seus incisos I a III, restringe o exercício da capacidade processual das pessoas casadas, pois determina que nenhum dos cônjuges, sem a autorização do outro, poderá gravar ou alienar bens imóveis, prestar garantias como o aval e a fiança, e, ainda, deduzir em juízo pretensões acerca desses direitos. Tal exigência se justifica em razão de o patrimônio, ainda nos dias de hoje, encontrar nos bens imóveis a expressão mais significativa do patrimônio familiar.

Na seara processual, preleciona o art. 73 do CPC que o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo se o regime de bens for o da separação absoluta.

Sob pena de se legitimar grave violação ao direito constitucional de acesso à justiça, não se pode condicionar o exercício da jurisdição ao desejo do cônjuge, pois, em não havendo consentimento do outro, o direito violado não poderia gozar da proteção estatal.

Quer-se com isso identificar os motivos que levaram o legislador, no artigo seguinte, a estabelecer que a falta de consentimento pode ser suprida judicialmente quando a recusa se der sem justo motivo, ou, ainda, quando lhe for impossível conceder. Para essa hipótese, podemos citar, como exemplo, casos em que um dos cônjuges esteja acometido por grave doença que impossibilite a prática do ato. Todavia, nos casos em que o legislador apresenta, como exigência de regularidade para a validade do processo, o consentimento do cônjuge, sua falta, se não suprida pelo juiz ou sanada pela parte, acarreta invalidação do processo, vez que o estudo aqui se coloca sob os requisitos de admissibilidade. Em consequência disso, apesar de o autor ter garantido o exercício incondicionado do poder de ação, não será possível ao Judiciário examinar o mérito do processo, vez que o consentimento, nesse caso, é questão preliminar com aptidão para elidir o exame da pretensão deduzida em juízo.

Se a questão se colocar no polo passivo da demanda, dispõe a legislação que ambos serão citados nas ações que versem sobre direito real imobiliário – quer resultem de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles –, e, ainda, em ações que envolvam dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família, e nas demandas que almejem o reconhecimento, constituição ou extinção de ônus acerca do imóvel de um ou de ambos os cônjuges. Se o caso concreto aduzir matéria possessória, a citação conjunta só será necessária se ambos exercerem a posse.

8.6.4.4 Sucessão processual: partes e procuradores

A sucessão processual se caracteriza como fenômeno decorrente da relação entre a legitimação ordinária, conferida ao titular do direito material deduzido em juízo, e a sua posterior mudança de titularidade. Pode-se aduzir, pela preocupação didática deste curso, o exemplo simples da cessão de crédito feita pelo autor, em ação de cobrança, para determinado indivíduo, que, até a ocorrência desse fato, figurava como terceiro e se encontrava fora da relação processual. Assim, se em razão da transferência, um

terceiro passa a ingressar na relação processual como parte na demanda, para defender em nome próprio, como autor, seu direito de crédito, estará caracterizado o fenômeno da sucessão. Pode-se ainda afirmar que sucessor é o sujeito que se apresenta na relação jurídica processual por ter assumido a condição de titular do direito material, e que, sem prejuízo da convergência de vontades das partes, encontra na lei a autorização para validar a transferência. A sucessão voluntária das partes, seja no polo passivo ou ativo da demanda, somente é lícita nos casos previstos em lei. Ademais, a alienação da coisa ou do direito litigioso decorrente de ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade para a causa das partes. Entretanto, se qualquer das partes morrer, a sucessão, que nesse caso se estabelece por *causa mortis,* dar-se-á por seu espólio ou por seus sucessores. Nesse caso, o processo será suspenso, a fim de que se possa proceder à habilitação dos sucessores, nos termos dos arts. 687 a 692 do CPC/2015.

A referência que ora se faz à autorização do legislador se justifica em razão dos termos vazados na redação do art. 329, II, do CPC/2015, uma vez que, a partir de determinado momento, a demanda é estabilizada, limitando, destarte, a possibilidade de se alterarem os elementos da ação, e, assim, seu elemento subjetivo.

8.6.4.5 Substituição processual

A substituição processual, por sua vez, ocorre quando o lugar reservado ao titular do direito passa a ser ocupado, concomitantemente, por outra pessoa. Nesse caso, constata-se o exercício da legitimidade extraordinária, pois o substituto defende em nome próprio direito alheio.

Convém observar, por oportuno, que a substituição processual adquire outra conotação nos casos de demandas coletivas, em que a titularidade se encontra disseminada por incontáveis legitimados. Nesses casos, atribui-se, previamente, autorização legislativa para que determinados órgãos possam, em juízo, pleitear a defesa desses direitos difusos e coletivos.

Perceba que, no caso de demandas sobre o patrimônio cultural, não se poderia mesmo exigir que toda a população brasileira atuasse conjuntamente para exigir das autoridades públicas a preservação do direito, o que, a toda evidência, revela a necessidade de adaptação do regime jurídico e o acerto do legislador brasileiro em consagrar, como legitimado extraordinário, dentre outros, o Ministério Público, a fim de viabilizar a proteção jurídica de bens imateriais.[157]

8.6.4.6 Capacidade postulatória

Ainda em estudo dos requisitos de validade correlacionados às partes, passamos a analisar a capacidade postulatória, também conhecida como *Ius postulandi*.

Essa capacidade técnica para deduzir uma pretensão em juízo é, normalmente, privativa do advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem, e não é difícil imaginar os motivos dessa exigência, pois seriam, de fato, remotas as possibilidades de uma das partes, desprovida de conhecimento jurídico, interpor tempestivamente, e, com a adequada fundamentação, recursos que questionassem vícios formais do procedimento.[158]

É certo que a parte pode postular em causa própria, desde que habilitada legalmente. Nessa hipótese, deve o advogado informar, na inicial ou na contestação, seu número de inscrição e o nome da sociedade da qual participa, para o recebimento das intimações, devendo ainda comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço.

Essa exigência, registre-se, vem sendo mitigada pelo legislador como forma de facilitar o acesso ao serviço jurisdicional. No sentido do texto, destacam-se as disposições previstas nas Leis ordinárias 9.099/1995 e 10.259/2001, como exemplos dessa flexibilização.[159]

O CPC/2015 estabelece, em seu art. 104, hipóteses em que o advogado pode atuar, mesmo sem procuração. Essa prática se justifica para evitar a preclusão, decadência ou prescrição, e, ainda, para confirmar a prática de atos urgentes.

Isso, entretanto, não exime o advogado de exibir a procuração, independentemente de caução, no prazo de quinze dias, prorrogável

por igual período.

Adverte o mesmo dispositivo, em seu § 2º, que os atos não ratificados, serão considerados ineficazes relativamente àquele em cujo nome foram praticados, com a possibilidade de responsabilização do advogado pelas despesas e, ainda, por perdas e danos.

8.6.4.7 Competência do órgão

Defendemos, em linhas anteriores, que os requisitos presentes no plano de validade adjetivam os pressupostos, e, em decorrência disso, o órgão investido de jurisdição deve agora atender às exigências constitucionais depositadas no princípio do juiz natural, de sorte que, se a presença de órgão investido de jurisdição assegura a existência da relação jurídica de direito público, esta só se concretiza validamente para o exercício da função jurisdicional, em conformidade com o ordenamento jurídico. Em arremate: verifica-se que o órgão estatal, presentado pelo agente público, o juiz, deve obedecer às regras de competência estudadas no capítulo anterior.

8.6.4.8 Imparcialidade

A imparcialidade também se apresenta como requisito subjetivo, e, por essa razão, a atuação estatal, quando praticada por juiz parcial, compromete a validade da relação jurídica processual. O vício da parcialidade apresenta dois graus distintos de gravidade: o impedimento e a suspeição, previstos nos arts. 144 e 145 do CPC/2015. A imparcialidade e a investidura para o exercício da função jurisdicional, advirta-se, são consectários lógicos do juiz natural, e não podem ser preteridas por lei ordinária ou complementar.

8.6.4.9 Requisito objetivo intrínseco

A seguir, estudaremos as exigências para a composição regular da relação jurídica processual, sob o prisma objetivo, que, presumidamente, se reporta à petição inicial, já descrita em linhas anteriores como instrumento da demanda.

As exigências de regularidade, entretanto, devem ser lidas à luz das normas fundamentais. Em termos práticos, isso implica respeito ao contraditório substancial, ao dever de correção, como consectário lógico da cooperação, e, ainda, atenção para com a exigência de primazia do mérito.

8.6.4.10 Respeito às exigências formais

É certo que a natureza instrumental do processo, hoje condicionada pelos vetores da coerência e da integridade, ainda permite um olhar diferenciado sobre formalidade, de sorte que as regras de procedimento não se sobreponham à finalidade constitucional. Por essa razão, aliás, há muito mais medidas judiciais que procedimentos predeterminados e taxativos no CPC/2015.

Não se pode exercer jurisdição apenas com base em regras fixas e desconectadas da especificidade da demanda, é certo, mas, de outro lado, também não se admite total liberdade para desconsiderar o texto, ao argumento positivista de que a consciência, o ideal subjetivo de justiça ou as regras de experiência individual possam servir de fundamento para legitimar a conclusão.

O equilíbrio se faz necessário e, por essa razão, devemos ratificar um mínimo de regularidade formal, e, ao mesmo tempo, compreender que eventuais construções ou adaptações no procedimento só se justificam pela identidade da demanda a partir de um padrão institucional.

Dito isso, podemos concluir que, de um lado, o exercício do poder de ação permite ao jurisdicionado deduzir uma pretensão em juízo, por intermédio da petição inicial, e, de outro, reclama de quem o exerce atenção para com uma série de requisitos formais, previstos em benefício da segurança jurídica.[160] A ausência de qualquer deles levará à irregularidade formal da demanda,

assumindo-se, com isso, real possibilidade de extinção anômala do processo, se o vício não for sanado.

8.6.4.11 Interesse de agir

Outra exigência formal para o exercício regular da jurisdição é o interesse de agir.[161] Seu estudo deve ser feito à luz de um caso concreto, a fim de que a relação jurídica deduzida em juízo possa informar a necessidade, a adequação e a utilidade do provimento judicial.

Trata-se de requisito de admissibilidade, que deve ser estudado no capítulo dos pressupostos processuais (*lato sensu*), em virtude de compor o quadro de questões preliminares ao exame de mérito.

Não por outro motivo, estabelece o novo diploma, à altura do art. 330, ser a falta de interesse de agir uma das causas de indeferimento da petição inicial, o que acarreta extinção do processo, sem a resolução do mérito.

O *interesse-necessidade* é uma consequência natural da vedação à autotutela, pois, em razão de haver proibição constitucional ao seu exercício, na maioria das vezes em que a satisfação do direito material for lesada ou estiver ameaçada, se fará necessário chamar o Estado para o exercício da função jurisdicional. Assim, podemos concluir, para exemplificar o que acaba de ser exposto, que, ao contratar a compra de determinada mercadoria, se se verificar o inadimplemento do vendedor, deverá o credor valer-se da tutela jurisdicional para obter a satisfação do seu direito de crédito, pois, sem que ao particular seja conferido o direito de exercer suas razões, esse desiderato caberá ao Estado-juiz.

Deve-se ainda recordar que, pela teoria da jurisdição, haverá casos em que mesmo sem a existência de conflitos, o atuar estatal se fará necessário para completar a vontade dos particulares. Essa é a situação da dita jurisdição voluntária, que, a exemplo das ações de divórcio e separação que envolvam menores, irá demandar administração pública dos interesses deduzidos.

O *interesse adequação* informa que a satisfação da pretensão deduzida em juízo demandará a indicação de uma tutela processual

adequada, sob pena de se inviabilizar o exame do mérito.

O *interesse utilidade* refere-se ao proveito prático da decisão judicial, uma vez que a resposta estatal deve ser condizente com o resultado almejado pelo cidadão. Assim sendo, pode se constatar que não há interesse de agir pela via da utilidade, se o autor pleiteia a entrega de bem infungível que sabidamente já pereceu, podendo a questão ser resolvida com a entrega de quantia certa a título de perdas e danos.

8.6.4.12 Requisito objetivo extrínseco

Os requisitos de validade extrínsecos, também conhecidos como requisitos negativos, são fatos que não devem ocorrer, a fim de que se possa emprestar validade à relação jurídica. A maior parte desses fatos é prevista pelo art. 337 do CPC/2015. A exigência legislativa se justifica, uma vez que as circunstâncias ali discriminadas impedem a formação regular da relação jurídica processual. Citem-se, como exemplos, a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de arbitragem, dentre outros.

Encerram-se estas lições com ressalva feita à citação, que, em corolário do desenvolvimento processual, apresenta certa variação, a depender do caso concreto, como requisito ou condição para a relação jurídica instrumental. Vejamos então os motivos e fundamentos dessa flexibilização, para, em momento posterior, tratarmos detidamente desse importante ato processual.

Uma vez constituída a relação processual pelo exercício da demanda, o que já garante a presença de dois sujeitos, autor e juiz, o ordenamento admite a extinção do processo sem resolução do mérito. Tal decisão se justifica, dentre outros tantos exemplos, pela irregularidade da demanda. Haverá, nesse caso, dispensa da citação, vez que a inobservância das exigências formais, pelo autor, impossibilita o exame de sua pretensão. É dizer: houve processo, mas em função de sua constituição irregular, preteriu-se a citação, a fim de convocar o réu para participar do processo, que acaba extinto, antes de sua convocação.

Outra hipótese para a ausência de citação decorre da possibilidade de decisões liminares (iniciais) sobre o pedido. Nesse caso, a constituição da relação jurídica processual transcorre na mais perfeita ordem. Todavia, por expressa previsão legal, poderá o juiz, em algumas circunstâncias, dispensar a citação e de plano se manifestar pela improcedência da pretensão inicial. Para tanto, basta imaginar o reconhecimento, de início, da prescrição ou da decadência por parte do juiz. Destarte, não mais em função de qualquer irregularidade, mas sim por opção legislativa, poderá o magistrado dispensar a citação e de plano julgar improcedente a pretensão deduzida pelo autor. Advirta-se, no entanto, que tal julgamento, em respeito à garantia constitucional do contraditório, só se legitima pela total improcedência do pedido. Em linhas mais simples: somente o indeferimento da petição inicial, sem resolução de mérito, ou a improcedência do pedido, autorizam a dispensa da citação. Sobre o tema, preleciona o art. 332 do novo diploma determinadas situações em que, diante da desnecessidade da fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgue liminarmente improcedente o pedido.

Se o caso concreto não se adequar às hipóteses ventiladas acima, a exigência do contraditório se faz pela citação como requisito de validade da relação processual. No sentido do texto, dispara o CPC/2015 em seu art. 239, que: “Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial, ou de improcedência liminar do pedido”. A citação pode se afirmar também como condição, afetando o plano de eficácia, se a causa apresentar litisconsórcio necessário unitário passivo, pois, nessa hipótese, a decisão proferida no processo será ineficaz para qualquer dos réus. Sendo, entretanto, o litisconsórcio necessário simples, a decisão será válida para aqueles que participaram em contraditório do processo, mas não produzirá efeitos, tornando-se ineficaz para aqueles que não foram convocados a integrar a relação processual, pela citação.

8.6.5 Sujeitos da relação processual

Seguindo a proposta didática deste curso, apresentamos três noções distintas e essenciais para a melhor compreensão da matéria: sujeitos do processo, parte no processo e parte na demanda. Comecemos pelo conceito mais amplo: sujeitos do processo. Nessa categoria se enquadram todos os atores que figuram na relação processual, quer por uma atuação parcial, quer pela necessária imparcialidade constitucional, direcionada a magistrados, desembargadores, ministros, juízes e servidores. Exemplificando essa proposta, percebe-se que o magistrado é sujeito do processo, que aqui, por influência do princípio consagrado no juiz natural, atua sem interesse na causa. É, portanto, sujeito do processo, mas não é parte.

A segunda categoria contempla as partes do processo. Com isso identificamos todos aqueles que atuam de maneira parcial na relação processual. As condutas são direcionadas para um fim específico e podem ser praticadas pelo autor, pelo réu ou por qualquer um que ingresse na relação com um objetivo já predeterminado, como auxiliar o demandante, por exemplo, em consequência de um interesse jurídico de que a decisão, ao final, lhe seja favorável.

A terceira categoria, mais restrita, se destina às partes na demanda. Também aqui tratamos de uma atuação parcial, identificada pelo elemento subjetivo da demanda: autor e réu. Quem postula e em face de quem se postula.

Perceba que, como em duas dessas categorias a atuação ocorre de maneira direcionada, não incidem sobre eles as causas de impedimento ou suspeição, reservadas para os sujeitos do processo, tais como chefes de secretaria, oficiais de justiça e demais auxiliares da justiça.

8.6.5.1 O Estado-juiz

Ao tempo em que se apresenta a ideia do processo enquanto relação jurídica, deve-se entender que a natureza subjetiva do

direito imprime a necessidade de termos ao menos dois sujeitos para configurar essa relação, pois a seara processual não se afasta, neste ponto, da teoria geral. O esquema mínimo, portanto, apresenta, em razão da inércia com que se caracteriza a atividade jurisdicional, o autor, no exercício do poder de ação, e o órgão estatal imbuído do dever de exercer sua função constitucional.[162]

O primeiro sujeito a ser analisado nesta relação jurídica processual é o Estado-juiz, que, no processo, se apresenta com imparcialidade e equidistância dos jurisdicionados, de sorte a legitimar sua decisão e garantir o justo exercício do poder soberano. Passamos então em revista as suas características.

A imparcialidade é uma decorrência lógica do princípio constitucional do juiz natural e garante, ao cidadão, um atuar desinteressado da atividade jurisdicional. Esta imparcialidade, em absoluto exime o magistrado de atuar pela busca do ideal de justiça social, devendo, pois, observar as peculiaridades da lide e determinar as medidas adequadas a solucionar os casos postos sob apreciação judicial. Em linhas mais objetivas, quer-se dizer que a imparcialidade não se coaduna com a neutralidade. Assim, ao tempo que sustentamos não haver um grau zero de interpretação a legitimar interpretações isoladas da realidade vivida, entendemos que a imparcialidade se justifica pelo difícil exercício de levante dos pré-juízos, a fim de que se garantam, acima das percepções individuais, o projeto constitucional e as finalidades processuais.[163]

Não por outro motivo, a lei dos ritos entrega poderes instrutórios ao juiz,[164] que, com estribo nessas lições, se encontra autorizado a produzir provas de ofício ou determinar diligências com o intuito de garantir a continuidade da marcha processual.

A equidistância, ideologicamente apresentada como garantia da imparcialidade,[165] em verdade, revela um aspecto da isonomia material, e pode ser aferida na atuação desigual e legalmente autorizada pelo legislador, que, por respeito às peculiaridades do caso, permite que o magistrado possa atuar em benefício de uma das partes, aproximando-se, pois, de um dos sujeitos da relação processual, sem com isso comprometer o seu desinteresse pela causa, uma vez que a atividade, nesse caso, goza de previsão legal.

Esta é a construção teórica que embasa o conhecimento da prescrição e da decadência, a nomeação de curador especial para os indivíduos citados de forma ficta, ou, ainda, a nomeação de tutores e a atribuição de defensores dativos.

Vistas as características que imprimem os traços do atuar estatal na relação processual, passamos agora, por razões didáticas, ao estudo das garantias e deveres do magistrado, vez que não se pode exercer imparcialmente a jurisdição sem que, com isso, se considere o homem que, com a autorização do ordenamento jurídico, presenta o Estado-juiz nesse desiderato constitucional.

Em razão de a imparcialidade ser um reflexo de princípios constitucionais, vamos encontrar nessa carta social, as primeiras e mais relevantes garantias entregues aos magistrados, todas com intuito de assegurar uma atuação imparcial, em acordo com os postulados do Estado Democrático.

Em sintonia com essas diretrizes, preleciona o Código de Processo Civil, em seus arts. 144 e 145, as hipóteses em que o magistrado pode ser afastado da relação processual por comprometimento de sua imparcialidade. Por força do interesse constitucional, tanto o impedimento como a suspeição devem ser conhecidos de ofício pelo juiz, cabendo às partes, diante da inércia estatal, legitimidade para arguir essa condição por meio de instrumentos específicos. Em revista ao CPC/2015, passamos a comentar as causas de impedimento ventiladas no art. 144.

Há impedimento, sendo vedado ao juiz exercer as funções jurisdicionais no processo, quando ele tiver feito intervenções anteriores na condição de mandatário da parte, perito, ou, ainda, como membro do Ministério Público ou testemunha.

A mesma vedação se estabelece para as causas que tenha conhecido em outro grau de jurisdição e sobre as quais tenha proferido decisão. É o que ocorre quando um determinado magistrado, no exercício de suas funções, preside a instrução, entrega para as partes a sentença e, em momento seguinte, ascende ao tribunal para ocupar a função de desembargador, e, numa segunda vez, é chamado a se manifestar sobre a causa.

Uma terceira causa de impedimento se identifica quando houver postulação de seu cônjuge ou companheiro ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, como defensor público, advogado ou membro do *parquet*, seja como defensor público ou advogado. Registre-se, em função da oportunidade, que a redação atual amplia o grau de parentesco legitimador do impedimento – pois o desloca do segundo para o terceiro grau –, se comparada com a legislação revogada.

Ainda em função da imparcialidade no exercício da função jurisdicional, impede-se o magistrado de atuar nas causas: quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau; quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; e, ainda, quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

A suspeição está prevista no art. 145 do CPC/2015 e traz as seguintes circunstâncias: quando, entre o magistrado e qualquer das partes ou seus respectivos advogados, houver amizade íntima ou inimizade. A inimizade, entretanto, não pode representar mera desavença, pois, em acordo com a tradição jurídica, consubstanciada no Código revogado sob a rubrica da inimizade capital, o elo de desafeto deve ser grave. Esta característica, ao que entendemos, muito embora não esteja expressa na redação atual, deve ainda hoje servir de orientação interpretativa.

O mesmo ocorre quando qualquer das partes for credora ou devedora do magistrado, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta, ou colateral, até o terceiro grau.

Por óbvias razões, entende-se ainda por suspeito o magistrado que tenha algum interesse pelo desfecho favorável a uma das

partes, ou mesmo por motivos de foro íntimo, que sob essa hipótese, dispensa o magistrado de declarar suas razões.

Resta ainda considerar, como causa de suspeição, o recebimento de presente, antes ou depois de iniciado o processo; quando aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa; ou, subministrar meios para fazer frente às despesas do processo.

Feitas as considerações sobre as causas de impedimento ou suspeição, passamos a tratar do procedimento estabelecido na legislação para dedução dessas pretensões.

O comprometimento da imparcialidade pode ser alegado por qualquer das partes. O prazo para dedução dessas questões é de quinze dias, e só pode ser computado, obviamente, após a ciência do fato. Por isso, se o réu tomar ciência de que o magistrado se enquadra em uma das hipóteses dos arts. 144 ou 145, por meio da citação ou pelo comparecimento à audiência de mediação ou conciliação, deve argui-las no prazo de resposta. Se, entretanto, o conhecimento do fato ocorrer em momento posterior, deve alegar, por meio de petição escrita e fundamentada, dirigida ao juiz da causa, os motivos de sua recusa.

Reconhecido o impedimento ou a suspeição pelo magistrado, o processo será remetido a seu substituto legal, em dilação da atuação jurisdicional, vez que as alegações se assentam em preliminares processuais indiretas. Do contrário, teremos a autuação em apartado, para que em igual prazo de quinze dias, o juiz, que nesse momento se apresenta como parte (atua com parcialidade para defender sua permanência na relação processual), declinará suas razões, documentos e possíveis testemunhas, com posterior remessa do incidente ao tribunal. Uma vez recebido pelo relator, esse deve informar se o faz com efeito suspensivo, caso em que o processo ficará sobrestado até o julgamento da questão. Acolhida a alegação de impedimento ou suspeição, o tribunal condenará o juiz nas custas e remeterá o processo para seu substituto legal. Importante observar, ainda, que os atos praticados em momento posterior ao impedimento, cujo termo inicial será fixado pelo órgão julgador, serão nulos.

Em arremate, portanto, concluímos que o comprometimento da imparcialidade judicial pode ser alegado por qualquer das partes, que o prazo para essa manifestação, fixado em 15 dias, corre da ciência do fato, que o juiz é parte nesse incidente e, ainda, que pode ser uma causa de suspensão (sobrestamento) do processo.

Ao final desta análise das hipóteses de suspeição, fazemos uma necessária consideração: a postura do magistrado na condução do processo, em acordo com o CPC/2015, reclama o cumprimento de deveres objetivos, pautados pelo esclarecimento e colaboração, de sorte que o aconselhamento, previsto no art. 145, II, como fator característico da suspeição, deve ser reavaliado, em sua perspectiva semântica, para que possa se coadunar com a colaboração judicial.

Os motivos de impedimento e suspeição, estudados neste capítulo, se aplicam aos membros do Ministério Público, aos auxiliares da justiça e aos demais sujeitos que devam atuar com imparcialidade no processo.

IMPEDIMENTO	SUSPEIÇÃO
Quando interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;	Quando for amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;
quando conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;	quando tiver interesse no julgamento do processo em favor de qualquer das partes;

IMPEDIMENTO	SUSPEIÇÃO
quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;	quando receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;
quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;	quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive.
quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;	
quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;	

IMPEDIMENTO	SUSPEIÇÃO
quando figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;	
quando figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;	
quando promover ação contra a parte ou seu advogado.	

8.6.5.1.1 Os deveres-poderes e a responsabilidade do juiz no processo

A diversidade da vida não enxerga, nas linhas processuais, um limite para a sua multiplicidade, de sorte que, ao magistrado, devem ser conferidos poderes para considerar as peculiaridades do caso concreto e em contraditório, sempre, identificar a resposta que melhor afirma os ideais constitucionais, pela incidência hermética da lei, se assim lhe permitir o caso concreto; fora dela, se a justiça demandar a construção do novo.

Essas são as premissas que apresentamos para embasar o entendimento de que o magistrado, enquanto agente estatal imbuído de exercer a função jurisdicional, somente poderá afirmar o ideal da isonomia material e, assim, tratar desigualmente os desiguais, se puder gozar da liberdade necessária para assegurar os benefícios da celeridade e da efetividade da decisão judicial, pois sua atuação é fulcral para que as observâncias das garantias processuais sejam entregues às partes.

Essa impossibilidade de prever a resposta adequada ao caso concreto é a razão e o fundamento da utilização de termos vagos, empregados pelo CPC/2015 na delimitação de prazos, estipulação do valor adequado da multa ou na adoção de medidas de apoio.[166] Isso, entretanto, como se procurou evidenciar desde as primeiras linhas deste curso, não autoriza qualquer magistrado a emprestar quaisquer sentidos aos textos. Ao revés, sua decisão se caracteriza como ato de responsabilidade política, e deve, inexoravelmente, ser feita sob o horizonte constitucional.

Na linha do quanto aqui se procurou demonstrar, há limites semânticos impostos à norma, aqui referida como o resultado da interpretação, pela tradição jurídica, que, como resultado de um processo democrático e gradativo, vai, aos poucos, compartilhando, no espaço público, as referências semânticas do texto.

Feitas estas considerações iniciais, podemos identificar entre os arts. 139 e 143 do CPC/2015, as disposições genéricas dos deveres, poderes e responsabilidades dispensados aos magistrados. A falta de sistematização do Código anterior foi de certa forma superada na atual legislação, embora, acima de todas as considerações presentes no texto, seja necessário, uma vez mais e sempre, identificar também os deveres e responsabilidades de juízes e jurisdicionados para com nossa Constituição Federal.

Para fins didáticos, os poderes são classificados como: ordinatórios, instrutórios, decisórios, éticos, executivos e gerais de cautela.[167]

Os deveres imputados aos magistrados inauguram as disposições legais sobre o tema. De imediato, estabelece o legislador, como dever judicial, a paridade de tratamento, que, por

leitura constitucional, deve considerar a isonomia material. Em seguida, identificamos o dever de zelar pela razoável duração do processo, que para além de um suposto vazio semântico, é delimitado pela especificidade do caso concreto, com respeito ao contraditório e às garantias processuais. Em decorrência disso, o legislador estabelece, no momento seguinte, o dever do magistrado de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações que se revelem meramente protelatórias.

Em redação atualizada, o CPC/2015 prevê para juízes o dever de oficiar o Ministério Público, a Defensoria e, quando possível, outros legitimados, acerca da ocorrência de demandas individuais repetidas, para que avaliem a possibilidade de proposição de demanda coletiva.

Como decorrência lógica da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, referida pelo princípio do monopólio jurisdicional, a redação do art. 140 do novo diploma dispõe que: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. De modo simples e objetivo, esse artigo acolhe, a exemplo do que fez o Código anterior, o princípio da vedação ao *non liquet,* consagrando o já referido mandamento constitucional. A decisão por equidade, advirta-se, somente se admite com expressa previsão legal, o que evidentemente não permite juízos discricionários ou arbitrariedades, vez que a percepção da equidade também se faz pela faticidade do caso e sob limites hermenêuticos.

Deve ainda o magistrado, nessa nova perspectiva processual que aposta intensamente na composição da lide pela autocomposição, promovê-la a qualquer tempo, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores.

Para garantir o cumprimento da decisão judicial e o exercício da soberania consubstanciada no Poder Judiciário, prevê o CPC/2015 que juízes possam determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, necessárias para assegurar o fiel cumprimento da ordem judicial.

Na mesma esteira de poderes judiciais, se incluem: a dilação de prazos processuais; a alteração da ordem de produção dos meios

destinados à construção da verdade, por meio das provas processuais, desde que essa alteração se justifique pela adequação ao caso concreto, de sorte a conferir maior efetividade ao direito deduzido em juízo. Pode ainda o magistrado exercer o poder de polícia, requisitando força policial quando o caso assim exigir e determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquirição.

Em decorrência da teoria das nulidades processuais, estudada em capítulo próprio deste curso, atribui-se ao magistrado o poder de determinar o suprimento dos requisitos de admissibilidade do procedimento, anteriormente apresentados como requisitos processuais, e ainda, sanar vícios processuais, se a prática disto não contrariar o ordenamento jurídico.

Acerca da responsabilidade, o art. 143 do CPC/2015 informa que a incidência se faz apenas quando, no exercício de suas funções, atuar com dolo ou fraude, e, ainda, quando se recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva adotar de ofício ou por provocação de qualquer das partes. Não há, pois, responsabilidade objetiva para o Poder Judiciário.[168]

8.6.5.2 Auxiliares da justiça

O exercício da atividade judicial não reclama exclusividade por parte do magistrado, sendo exercido também por outros servidores, que, de forma permanente ou eventual, contribuem, no caso concreto, para a função jurisdicional. Os auxiliares da justiça podem ser classificados, pela periodicidade de sua atuação, em permanentes e eventuais. Estes prestam auxílio, quando convocados, com o intuito de contribuir com seus conhecimentos, hodiernamente técnicos, em determinado processo. É o caso notadamente do perito,[169] que, por conta da convocação, comparece para prestar informações relevantes para a formação da convicção do magistrado. Já os auxiliares permanentes se apresentam nesta condição pela importância de suas atividades e pelo caráter genérico em que sua atuação se revela necessária para o trâmite

processual. É o caso do chefe do cartório, conhecido como escrivão, e do oficial de justiça.[170]

O diploma procedimental enumera os auxiliares do juízo apenas em caráter exemplificativo, de sorte que neste capítulo estudaremos, sem pretensões exaustivas, os principais auxiliares do juízo. Isto, em acordo com a redação empregada pelo art. 149 do CPC/2015, que enumera, sem prejuízo das disposições das normas de organização judiciária – que como lei estadual pode contemplar novos auxiliares –, o escrivão, o chefe de secretaria judicial, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e, por fim, o regulador de avarias.

O escrivão tem sua atividade regulamentada pelos arts. 150 a 153 do Código de Processo, que destaca, como principais atividades: redigir, na forma da lei, ofícios, mandados, cartas precatórias e os demais atos que permaneçam ao seu ofício. Também lhe compete efetivar as ordens judiciais, realizar as citações por edital e intimações e os demais atos que lhe possam ser imputados pelas normas de organização judiciária, fornecer certidão de qualquer ato ou termo do processo, independentemente de despacho, sem prejuízo das restrições estabelecidas pelo segredo e justiça. Prevê ainda, o CPC, que o escrivão compareça às audiências, ou, diante de eventual impossibilidade, designe servidor para substituí-lo.

O CPC estabelece, para o escrivão, a incumbência de recebimento, publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais. Sua atuação, contudo, já não se limita aos ditames processuais, pois, acima disso, a Constituição, expressamente, no art. 93, XIV, por força da EC 45/2004, confere autorização para que o magistrado delegue a prática de atos ordinatórios, entendidos assim os atos procedimentais de mero expediente, sem caráter decisório. Advirta-se que a prática desses atos, delegados pelo magistrado para uma melhor racionalização da prestação jurisdicional, em absoluto afasta a possibilidade de revisão pela autoridade judicial.

Pode-se concluir que, sob a direção do CPC/2015, suas funções são mais bem sistematizadas, mas isso não afasta, dentre outras

garantias constitucionais, por exemplo, a necessária imparcialidade, que, como mandamento constitucional, deve imperiosamente ser observada pela seara processual. Por essa razão, o impedimento do escrivão imputa ao juiz a responsabilidade de convocar um substituto, ou, diante de eventual impossibilidade, nomear pessoa idônea para a prática do ato.

O oficial de justiça é auxiliar permanente do juízo e tem suas incumbências reguladas no atual Código de Processo à altura do art. 154, que, em caráter enunciativo, estabelece ser de sua responsabilidade a prática de determinados atos processuais. Dentre eles, se destacam: o cumprimento de mandados (ordens) judiciais a serem cumpridos em âmbito externo ao fórum, tais como a citação por hora certa, a intimação, o arresto, a penhora e avaliação de bens, bem como busca e apreensão e as demais diligências, ínsitas ao seu ofício. Sempre que possível, a prática desses atos deve ser feita na presença de duas testemunhas.

Ao oficial de justiça, assim como para o escrivão, imputa-se a responsabilidade civil, que, nos termos do art. 155 do CPC/2015, aventa tal possibilidade nos casos de recusa sem justo motivo do cumprimento tempestivo de suas atividades, sejam essas impostas por lei ou determinadas pelo magistrado. O mesmo para os atos nulos, quando praticados com culpa ou dolo.

Em acordo com a regulamentação da produção da prova pericial, o perito se apresenta como auxiliar do juízo que, em função de seus conhecimentos técnicos ou científicos, pode colaborar na compreensão de um fato. Sua atividade consiste, precipuamente, em apresentar subsídios para a adequada convicção judicial. Trata-se, como se pode deduzir, de profissional escolhido em razão de suas habilidades.

Rompendo com a tradição consubstanciada no Código revogado, não se exige mais formação universitária para o desempenho da atividade, muito embora a formação tradicional possa, ainda, denotar alguma presunção de conhecimento técnico.

Uma vez escolhido o perito, ele deve comprovar sua especialidade sobre a matéria mediante certidão do órgão de classe profissional em que estiver escrito. A escolha, entretanto, não se faz

por livre decisão judicial, pois deve observar o cadastro, mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.[171] Para formar esse cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, divulgada na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consultar, diretamente, universidades, conselhos de classe, Ministério Público, Defensoria e a Ordem dos Advogados do Brasil, para possível indicação de profissionais. Se o cadastro disponibilizado pelo tribunal não apresentar nenhum inscrito para a nomeação do perito, na localidade, o juiz deverá escolher um profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

Por determinação constitucional, também sobre os auxiliares do juízo, incide a exigência de imparcialidade, e, por esse motivo, a fim de que se possam identificar causas de impedimento ou suspeição, serão informados ao juízo os dados de qualificação pessoal do profissional que participar da atividade.

Sob sua responsabilidade decorre o cumprimento do ofício no prazo assinado pelo juiz. Admite-se, todavia, que possa o perito apresentar motivo(s) legítimo(s) para a escusa do dever, e de ofício ou por provocação manifestar-se suspeito ou impedido para a prática do ato. A escusa será apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, contado do ato de comunicação (intimação). Esta alegação, ao que se pode concluir, demanda comprovação e não mera declaração, vez que a apresentação de informações inverídicas implica responsabilidade pelos prejuízos causados e a inabilitação por dois a cinco anos para atuar em outras perícias, independentemente de outras sanções previstas na lei. Nesses casos, deve o magistrado comunicar o respectivo órgão de classe ao qual o perito estiver vinculado.

O depositário e o administrador são auxiliares da justiça que, em acordo com a disposição procedimental, guardam e conservam bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados.

Por esse trabalho, deverão os auxiliares, em acordo com o art. 160 do CPC/2015, perceber uma fixa remuneração a ser determinada pelo juiz, que, na ocasião, irá considerar a situação dos bens, o tempo de serviço e as dificuldades de sua execução, de

sorte que, ao final, a remuneração seja proporcional ao dever prestado em prol do juízo.

Também para esses auxiliares, estabelece a legislação hipóteses de responsabilidade pelos prejuízos causados às partes por dolo ou culpa, perdendo a remuneração fixada pelo juízo, mas com a possibilidade de reter o quanto lhe for necessário para legitimamente compensar o esforço despendido para o exercício do cargo.

Registre-se aqui, em função da oportunidade, que não se admite mais a prisão civil do depositário infiel, ainda quando este depositário seja o depositário judicial (Súmula Vinculante 25). Isso, no entanto, não o exime da responsabilidade civil e penal, nem da sanção imposta pela prática de ato atentatório contra a dignidade da justiça.

O intérprete, por sua vez, em acordo com o art. 162 do CPC/2015, deve traduzir documento redigido em língua estrangeira, assim como verter para o português o depoimento de partes ou testemunhas que desconheçam o idioma nacional. O mesmo se aplica, por óbvias razões, às situações que envolvam pessoas portadoras de necessidades especiais, tais como os surdos-mudos, quando estes não puderem se manifestar por escrito.

Sob as responsabilidades e inabilitação, repete-se aqui o quanto afirmado para o perito, uma vez que o diploma dos ritos lhe empresta a mesma regra.

O impedimento para a atuação do indivíduo, na qualidade de tradutor ou intérprete, se justifica quando ele não estiver na livre administração dos bens, quando for arrolado como testemunha ou atuar como perito em outro processo, e, ainda, quando estiver inabilitado para o exercício da profissão por sentença penal condenatória, enquanto durarem os seus efeitos.

8.6.5.3 Dos conciliadores e mediadores

A conciliação e a mediação traduzem duas fortes apostas dessa virada processual, consubstanciada entre os arts. 165 e 175 do CPC/2015. De início, a lei estabelece que tribunais criem centros

judiciários para a promoção de soluções consensuais, atribuindo-lhes a responsabilidade pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e, pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. A criação, composição e organização desses centros é de responsabilidade do tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

No sentido do texto, destaca-se a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015). Pela Resolução, institui-se a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, com a finalidade de assegurar, a todos, soluções adequadas à peculiaridade e à natureza do caso concreto. Nota-se ainda que, pelo parágrafo único de seu art. 1º, atribui-se aos órgãos judiciários, nos termos do art. 334 do CPC e do art. 27 da Lei da Mediação, a responsabilidade para oferecer soluções consensuais para a resolução do conflito, tais como a conciliação e a mediação, com a correspondente orientação e informação dessas possibilidades para o jurisdicionado.

Já a Lei da Mediação, que dispõe sobre a solução de controvérsias e sobre a autocomposição, no âmbito da Administração Pública, considera a mediação uma atividade técnica, exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, por escolha das partes, é desenvolvida para auxiliá-las na identificação de soluções consensuais.

É certo que não há obrigatoriedade das partes em permanecer ou seguir por esse procedimento, mas também se pode afirmar que a mediação, consubstanciada pelos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, pela busca do consenso, pela boa-fé e pela confidencialidade, afirma-se como veículo atual, técnico, célere e, por vezes, muito mais eficaz na promoção da justiça e da pacificação social que os tradicionais caminhos jurisdicionais.

Observando-se agora o texto do CPC, percebe-se que o conciliador atuará, preferencialmente, nos casos em que não haja vínculos anteriores com as partes, e poderá sugerir soluções para o litígio sem com isso dispor de qualquer meio coercitivo que

constranja ou intimide as partes envolvidas. Já o mediador, no exercício de auxílio à atividade jurisdicional, limita-se a orientar as partes sobre as questões envolvidas no conflito, a fim de que elas possam, por si mesmas, identificar uma resposta razoável para o conflito.

A escolha desses auxiliares, ou da câmara privada de conciliação e mediação, pode ser feita em comum acordo pelos demandantes. Não havendo acordo entre as partes que permita essa escolha, o conciliador ou mediador será escolhido por distribuição dentre aqueles que estiverem inscritos no registro do respectivo tribunal. Para tanto, os tribunais deverão criar e manter esse cadastro atualizado com os profissionais habilitados em suas respectivas áreas profissionais.

A inscrição no cadastro de mediadores e conciliadores deve observar o mínimo de capacitação, aferida por meio de cursos realizados sob a coordenação das entidades credenciadas, que, ao final do certame, deverão conferir ao profissional o certificado. A inscrição nesse cadastro estabelece uma nova causa de impedimento das atividades advocatícias, nos limites de competência do respectivo tribunal, assim como também impede sua inclusão em escritórios de advocacia atuantes na mesma circunscrição territorial. Sobre o tema, deve-se ainda registrar o impedimento de um ano, contado do término do procedimento de mediação ou conciliação, para que esse profissional promova o assessoramento, represente ou patrocine causas de qualquer dos litigantes envolvidos na demanda originária.

A remuneração dos serviços prestados será fixada pelo tribunal, em tabela, em acordo com os parâmetros do Conselho Nacional de Justiça.

CONCILIADORES X MEDIADORES

CONCILIADORES X MEDIADORES	
– Atuam preferencialmente nas causas em que não há vínculo entre as partes; – Podem sugerir soluções para o litígio.	– Atuam preferencialmente nas causas em que há vínculo entre as partes (relações continuadas, como exemplos, familiares, de consumo, entre sócios de empresas etc.); – Facilitam a retomada de comunicação entre as partes, sem propor soluções.
São informados pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.	
A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no procedimento.	
Conciliadores, mediadores e câmaras privadas de mediação serão inscritos em cadastro nacional (CNJ) e em cadastro do TJ ou TRF, com registro da área profissional.	
Conciliadores e mediadores, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham as funções (limitações éticas).	

8.6.5.4 Partes

O conceito de parte na relação jurídica processual deve ser capaz de contemplar todos aqueles que figurem no processo, podendo, em razão da característica essencial do contraditório, participar efetivamente para a formação da decisão judicial. Parte, sob essa ótica, é aquele que participa com parcialidade. Assim,

devemos considerar como parte, ao lado do autor e do réu, a Defensoria, o Ministério Público, quando fiscal da ordem jurídica, ou mesmo um terceiro, que, como veremos em seguida, poderá comparecer para integrar essa relação jurídica.

Outra concepção do conceito de parte, mais restrita, refere-se aos elementos da ação, que identificam como sujeitos da relação processual apenas aqueles que se apresentam como partes na demanda. Sendo assim, teríamos apenas o autor, como aquele que deduz em juízo uma pretensão, e o réu, que se revela como o sujeito em face de quem se deduz a citada pretensão. Deve-se ainda registrar a possibilidade de termos parte eventual, o que se revela, por exemplo, nos incidentes de impedimento e suspeição. Nesses casos, ao quanto aqui já se pode afirmar, o magistrado será parte apenas enquanto se apurar sua legitimidade para continuar na presidência da instrução processual.

Feitos os esclarecimentos sobre o conceito de parte no processo e parte na demanda, deve-se agora, para os fins deste trabalho, identificar por qual meio alguém passa a ser parte na relação jurídica processual, e a ser parte, destarte, no processo.[172]

O exercício do poder constitucional de ação, ao determinar o início da atividade jurisdicional, coloca o indivíduo na condição de autor, comumente chamado de demandante. Em respeito ao contraditório, a marcha processual determinará a prática de um ato de comunicação e integração dessa relação, conhecido como citação. Por meio dela, a pessoa em face de quem se deduz a pretensão ingressa para ocupar a condição de réu, também chamado de demandado. Importante, neste ponto, registrar que há coincidência entre as partes na demanda e as partes no processo.

Esse mesmo ato de citação pode ser praticado para chamar um terceiro a participar da relação jurídica, sem que com isso ele tenha a oportunidade de deduzir pedido ou de responder em face dele, casos em que sua participação não o coloca como parte na demanda e, sim, como parte no processo. Ainda se deve registrar que a sucessão se apresenta como uma quarta modalidade de ingresso, vez que nesse caso teremos novos autores ou réus nos lugares ocupados anteriormente pelas demandantes iniciais.

8.6.5.4.1 Deveres das partes

Por força do art. 77 do CPC/2015, imputa-se às partes da relação processual – compreendendo-se aqui o advogado, a Defensoria, o Ministério Público e qualquer outro que ingresse na demanda e colabore com a formação do convencimento judicial – o dever de auxiliar o juízo em seu desiderato de exercer a atividade jurisdicional, e, ainda, contribuir para a efetivação do comando, de sorte a atribuir efetividade às decisões judiciais. Este dever se justifica, como se pode facilmente deduzir, em razão do interesse público pelo exercício rápido, eficaz e justo da atividade judicial. Por essa razão, incumbe às partes: expor os fatos em consonância com sua percepção de verdade; não deduzir pretensões ou apresentar defesas, destituídas de fundamentos; declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; não praticar inovação legal no estado de fato, de bem ou de direito litigioso; não requerer nem trabalhar para a produção de provas inúteis e não criar embaraços para o provimento de decisões judiciais; e cumprir, com rigor e exatidão, o comando exarado pelo juízo, de natureza provisória ou final.[173]

No sentido do texto, Alexandre Câmara vai dizer que: “Tais deveres poderiam, em verdade, ser reduzidos a uma única frase: cabe às partes o dever de auxiliar o juízo no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos”.[174]

Sem prejuízo destas lições, ousamos apenas discordar da imposição, enquanto dever das partes ou de qualquer outro ator da relação processual, do “descobrimento da verdade”. Explique-se: a superação da matriz aristotélico-tomista, e neste caso já se vão mais de dois mil anos de pensamentos filosóficos, de há muito fora superada por outras vertentes intelectuais, destacando-se dentre elas a relação sujeito-objeto (filosofia da consciência) e a virada linguística gadameriana, que brevemente se apresentou no início desta obra. Assim, em função da coerência que procuramos

imprimir a estas lições, não se pode agora afirmar como dever das partes a descoberta da verdade, pois isto, em certa medida, é reviver a época metafísica e curiosamente acreditar, sob o tempo da atualidade, que as coisas têm em si o seu próprio sentido, que a verdade repousa debaixo de um véu e apenas se revela pelas mãos do homem, sem que este lhe imprima contorno nem significados.

Dito de outro modo: a relação jurídica processual se estabelece como instrumento ou veículo de interlocução para que, diante da faticidade, se possam efetivar os direitos fundamentais e consagrar a dignidade do homem. A criação da norma adequada ao caso concreto, em vez de simplesmente ser descoberta, é construída em contraditório por sobre as diferentes percepções de mundo das partes processuais, pois, acima delas, se emprega a tradição constitucional.

A inobservância de alguns desses deveres, a exemplo do não cumprimento das decisões judiciais, caracteriza fato gerador da incidência da multa de até vinte vezes o valor do salário mínimo, prevista no § 2º do citado art. 77 do CPC, como ato atentatório contra a dignidade da justiça.[175] Sendo irrisório o valor atribuído à causa, a multa poderá ser reduzida a dez vezes o valor do salário mínimo. Advirta-se, em função da oportunidade, que advogados, públicos ou privados, não se submetem ao regulamento da multa, vez que suas responsabilidades já são apuradas em legislação específica. O mesmo se aplica aos membros do Ministério Público e à Defensoria.

O não pagamento da multa, dentro do prazo fixado pelo juiz, autoriza sua inscrição na dívida ativa da União ou do Estado, após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, seguido, oportunamente, pelo rito da execução fiscal.

ATENÇÃO

A Terceira Turma do STJ decidiu, por unanimidade, no julgamento do REsp 1.762.957/MG, em 10.03.2020, que não cabe agravo de instrumento contra a decisão que

aplica multa por ato atentatório à dignidade da justiça pelo não comparecimento à audiência de conciliação. A multa, nesse caso, decorre do não comparecimento injustificado à audiência do art. 334 do CPC.

8.6.6 Responsabilidade processual

A responsabilidade processual pode ser didaticamente apresentada em vias subjetiva e objetiva.

A responsabilidade processual subjetiva, aqui consubstanciada pela intenção do agente de praticar atos contrários ao exercício da função jurisdicional, encontra sua remissão legal nos termos da má-fé processual. Sobre o tema, dispõe o CPC/2015 em seu art. 79: “Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou inventariante”. Como exemplo dessa conduta, podemos citar a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, o uso do processo para alcançar objetivos ilícitos, oposição ou resistência injustificada ao regular desenvolvimento da relação processual, a atuação temerária que provoca incidentes infundados e a interposição de recursos com intuito deliberadamente protelatório.

Como se pode evidenciar pela exposição meramente enunciativa, o interesse público confere a tônica para a compreensão da má-fé processual, e estabelece, como consequência, o reconhecimento e a posterior cominação de multa, que deverá ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, a indenização, conferida à parte contrária pelos prejuízos sofridos e, ainda, o pagamento dos honorários advocatícios. O interesse público justifica que a cominação das penalidades decorra de ofício ou por provocação.

A responsabilidade processual objetiva se justifica em função dos danos ou das despesas decorrentes da prática de atos procedimentais, sem que a isto se atrele a intenção do agente ou a ilicitude da conduta. Nesse rol se enquadram a responsabilidade

para o pagamento das despesas processuais e também o pagamento dos honorários advocatícios (sucumbenciais).

O adiantamento das despesas, em acordo com as regras processuais, deve ser feito pela parte que realiza a prática do ato ou requer a sua prática. Determina ainda que as verbas necessárias para viabilizar os atos praticados pelo Ministério Público ou aqueles outros atos, praticados de ofício pelo magistrado, sejam antecipados pelo demandante. Essas despesas, no entanto, não se limitam aos atos processuais, mas contemplam também custas com a indenização de viagem, diárias de testemunhas e a remuneração do perito.

Ao disciplinar o pagamento dessas despesas, a legislação trabalha com o critério da sucumbência. Assim, aquele que antecipou as despesas para a prática dos atos processuais, sendo vencedor ao final da instrução processual, deverá ser ressarcido pelas despesas antecipadas. Isto, em acordo com a redação do art. 82 do CPC/2015, que, ao tratar da matéria, informa ser das partes a responsabilidade de prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. Com ressalvas feitas à assistência judiciária gratuita, a sentença deverá condenar o vencido a pagar (ressarcir) ao vencedor as despesas antecipadas durante a relação processual.

Havendo sucumbência recíproca, o ônus será dividido proporcionalmente entre as partes. Sendo, no entanto, a jurisdição exercida em caráter voluntário, e, neste caso, se convencionou chamar os demandantes de interessados, as despesas serão antecipadas pelo requerente e, ao final, rateadas entre os interessados.

Responde ainda, pelo pagamento das despesas processuais, aquele que der causa ao final da relação por reconhecimento do pedido, renúncia do direito ou desistência da ação.

8.7 CUMULAÇÃO DE PARTES: LITISCONSÓRCIO

O termo litisconsórcio apresenta, em sua etimologia, as diretrizes da cumulação subjetiva, pois significa consórcio ou reunião de pessoas que se estabelece perante a lide, sendo admitido nos mais diversos processos e procedimentos. É, simplificadamente, a pluralidade de demandantes e/ou demandados.

Trata-se de cumulação subjetiva, vez que se reporta ao acúmulo de sujeitos em determinado polo da relação processual. O litisconsórcio demanda autorização legislativa, quer por razões de economia processual, quer pelo interesse em se entregar decisões coerentes em prol da segurança jurídica. Sobre o tema, dispõe o CPC/2015 que duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, quando entre as causas houver conexão pelos elementos objetivos – pedido e causa de pedir –, ou, ainda, quando ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

A comunhão é percebida quando há entre os litisconsortes, por exemplo, uma solidariedade passiva, caso em que o credor poderá em juízo buscar a satisfação do crédito no patrimônio de qualquer dos devedores. A conexão será percebida quando as demandas possuírem pedidos ou causas de pedir iguais, e a afinidade, ao final, consagra a possibilidade de admitirmos a formação do litisconsórcio mesmo quando entre as demandas não exista comunhão de direitos ou qualquer elemento comum entre elas, mas uma mera correlação entre as questões, que por economia processual são reunidos para instrução e decisão uniforme. Nesta última hipótese, destaca-se o exemplo de demandas individuais repetitivas. Para tanto, basta considerar as hipóteses de funcionários públicos discutirem um auxílio alimentação, com uma mesma prefeitura. Note que entre eles não há conexão de direitos, pois o vínculo de cada um deles é individual, e nem mesmo há conexão, pois os elementos da demanda, parte, pedido e causa de pedir, são todos distintos. A

reunião, aqui, se justifica por termos a mesma questão jurídica discutida em juízo, para que sobre essa mesma questão tenhamos uniformidade na resposta institucional e maior celeridade na entrega da decisão.

Essa reunião de partes na demanda, entretanto, poderá ser limitada pelo magistrado, pois, na hipótese de litisconsórcio facultativo, estudada a seguir, a reunião de partes pode ser preterida, quando essa puder comprometer a rápida solução do litígio.

8.7.1 Classificação do litisconsórcio

A classificação desse instituto considera diversos aspectos e será feita quanto aos polos, ao tempo da formação, à exigência constitucional e aos efeitos da decisão proferida na relação jurídica processual.

8.7.1.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto

Sob a perspectiva da relação jurídica processual, o litisconsórcio, ou reunião de parte da demanda, pode ser: ativo, quando mais de um autor se apresenta para o exercício do poder constitucional de ação; passivo, quando esse poder, exercido contra o Estado-juiz, se apresenta em face de mais de um demandado; ou misto, conforme a reunião seja de ambos os lados da relação processual e se tenha, em função disto, mais de um autor demandando mais de um réu.

8.7.1.2 Litisconsórcio inicial e ulterior

Quanto ao momento da formação, classifica-se o litisconsórcio em inicial, considerando-se para tanto o exercício do poder de ação, com a respectiva apresentação da petição inicial, seja por haver mais de uma pessoa deduzindo em juízo uma pretensão – caso em que teremos litisconsórcio ativo e inicial – ou mesmo por essa pretensão ser deduzida em face de mais de uma pessoa – quando então teremos litisconsórcio inicial e passivo. O litisconsórcio ulterior

reporta-se aos casos em que a reunião de partes encontra sua formação após o início do processo, em especial, após a citação do réu, e caracteriza medida excepcional, uma vez que a admissão desse litisconsórcio flexibiliza a exigência do juiz natural, haja vista que o ingresso de qualquer das partes em momento posterior à consolidação da relação jurídica, permite àquele saber antecipadamente qual será o juízo competente, sem que para isso tenha enfrentado as disposições normativas de distribuição. Esta é a razão para o litisconsórcio ulterior ser admitido apenas em decorrência da sucessão, do efeito da conexão, que implica reunião das demandas em um único juízo, e ainda, por conta de algumas modalidades de intervenção de terceiro, assunto este que será apresentado em páginas posteriores.

8.7.1.3 Litisconsórcio facultativo e necessário

O diploma processual disciplina, em seu art. 113, as hipóteses de litisconsórcio facultativo, caso em que a constituição dessa reunião, desde que observados os requisitos legislativos, fica ao alvedrio das partes litigantes. Essa modalidade de litisconsórcio pode ser formada quando existir comunhão de direitos e deveres relativos à lide – a exemplo do que acontece na solidariedade passiva –, quando entre as causas houver conexão pelo pedido ou causa de pedir, e, quando ocorrer afinidade entre questões, por ponto comum de fato ou de direito – o que se verifica diante de um acidente automobilístico, que pode causar danos em diversos imóveis, permitindo-se, nesse caso, que os proprietários dos imóveis danificados possam demandar cumulativa ou isoladamente por indenização.

Permite ainda o citado artigo que a formação do litisconsórcio facultativo seja decorrente do efeito da conexão, qual seja, a reunião das ações, e, por fim, admite que a cumulação de partes se dê por mera afinidade de questões ou ponto comum de fato ou de direito. Nessa hipótese, há apenas afinidade, e não identidade de pedidos ou causa de pedir, não sendo, destarte, essa cumulação, repetição da situação descrita pela conexão.

Essa concessão para a cumulação de sujeitos é feita por razões de economia e celeridade processual, pois permite que, em uma única relação, a decisão entregue pelo exercício da jurisdição tenha legitimidade para afetar a vida de mais pessoas, isto por terem todas elas participado da dinâmica procedimental.

O litisconsórcio necessário se justifica por exigência legislativa ou pela natureza da relação jurídica de direito material, casos em que a integração da relação processual, pela cumulação de partes, revela-se indispensável.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. afirma que:

> (...) o litisconsórcio necessário está ligado mais diretamente à indispensabilidade da integração do polo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza desta relação jurídica (unitariedade), seja por imperativo legal. A necessariedade atua, por isso, na formação do litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado.[176]

Tratando-se de litisconsórcio por imperativo legal, tem-se o exemplo da demanda de usucapião, que reclama do autor a diligência necessária para que sejam citados, além do legitimado ordinário, os proprietários dos imóveis adjacentes.

Na hipótese de litisconsórcio necessário, decorrente da relação material, pode-se afirmar que a cumulação se justifica pela impossibilidade de a decisão judicial deixar de produzir efeitos perante todos os titulares, ainda que nem todos tenham participado do processo, o que, a toda evidência, iria ceifar a legitimidade da decisão. Exemplo didático pode ser apresentado quando o Ministério Público propõe a anulação de casamento. Ora, como ambos os cônjuges integram a relação material e vão fatalmente sofrer com os efeitos da decisão – frente à impossibilidade de se dissolver o matrimônio apenas para um dos titulares, permanecendo o outro com as obrigações do casamento –, a cumulação de partes no polo passivo, nesse caso, é imperiosa, e por isto dispensa a exigência expressa do Código de Processo, já que sua diretriz se

encontra na matriz constitucional do contraditório e da ampla defesa. Por esse motivo, a ausência de um dos litisconsortes permite ao magistrado, de ofício, determinar a citação dos demais titulares, a fim de que a relação processual possa se constituir de forma válida e regular.

Nessa hipótese, pois:

> (...) impõe-se a presença de todos os litisconsortes, e a ausência de algum deles implica ausência de legitimidade dos que estiverem presentes, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito. Em outros termos, nos casos de litisconsórcio necessário a parte só terá legitimidade para causa se for plúrima, ou seja, se todos os litisconsortes estiverem no processo.[177]

Atento aos ditames constitucionais do contraditório, o CPC/2015, no parágrafo único do art. 115, estabelece que: “Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo”.

Feitas as considerações acerca do litisconsórcio necessário do polo passivo, passamos a avaliar a possibilidade dessa exigência para a cumulação subjetiva se apresentar também no polo ativo da relação processual.

Não há consenso na doutrina sobre a possibilidade do litisconsórcio ativo necessário, vez que processualistas das mais variadas escolas defendem posições antagônicas sobre o tema. Por isto, mesmo sem pretensões de unanimidade, passamos, em razão da proposta didática desta obra, a pontuar nossa opinião. Isto, no entanto, será feito sob a perspectiva constitucional de acesso à justiça. Vejamos.

A exigência do litisconsórcio ativo necessário só pode ser admitida em acordo com normas constitucionais, de sorte a não prejudicar o acesso à justiça e a efetividade dos direitos. A hipótese mais ventilada tem amparo no art. 73 do CPC/2015, que afirma ser necessário o consentimento do cônjuge para a propositura de ações

que versem sobre direitos reais imobiliários. Assim, somente com a formação do litisconsórcio ativo necessário, se poderia exercer o poder de ação e provocar o exercício da função jurisdicional em prol dos citados direitos reais imobiliários.[178] Essa exigência, contida no ordenamento processual desde o Código revogado, jamais nos pareceu considerar o princípio constitucional do acesso à justiça, pois, ao se exigir a presença do cônjuge para a propositura da demanda, a atividade jurisdicional, que, ao quanto aqui já se afirmou, pela característica da inércia, reclama provocação, não efetivaria o direito real de seu titular, vez que a não formação do litisconsórcio necessário implicava extinção sem resolução do mérito.

Ademais, o citado art. 73 do CPC reclama apenas o consentimento, que se pode comprovar com documento, sem com isso imperiosamente demandar a presença do cônjuge na relação processual. Dito de outro modo: o consentimento para a propositura das ações reais imobiliárias pode ser observado pela via documental, sem que isso demande a presença de dois autores no processo.

Essa autorização, que pelo regramento atual se impõe para marido ou mulher e, ainda, para os companheiros em união estável, pode ser suprida judicialmente quando o cônjuge ou companheiro se recuse injustificadamente a concedê-la. Todavia, sem que haja supressão dessa falta por manifestação judicial, a relação processual se constitui de forma irregular, o que implica invalidação do processo. Registra-se ainda, a desnecessidade do consentimento no regime de separação absoluta de bens.

Já no final de 2022, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua terceira turma entendeu, no julgamento do REsp. nº 1.980.014 - SP (2021/0402074-1) que em demanda para a remoção de publicação ofensiva em rede social e o fornecimento de registros de acesso e conexão não há litisconsórcio passivo necessário entre o provedor e o autor dos conteúdos, já que as providências, nesse caso, competem apenas ao mantenedor[179]. A conclusão se justifica, já que o litisconsórcio necessário demandaria previsão legal ou

comunhão incindível de direitos e deveres, não aplicáveis nesse caso.

Ressalta-se, entretanto, que a responsabilidade dos provedores por conteúdos gerados por terceiros, embora subjetiva, pela jurisprudência do STJ, não impede que o provedor se torne solidariamente responsável com que as gerou, se uma vez ciente dos danos causados pela mensagem não remover a publicação.

8.7.1.4 Litisconsórcio simples e unitário

Quanto ao regime dispensado aos litisconsortes, entende-se que estes podem ser simples ou unitários. Este decorre da impossibilidade de as partes envolvidas encontrarem decisões distintas, sendo para todos os litisconsortes entregue a mesma sorte na relação jurídica. O fundamento dessa unilateralidade encontra estribo na relação de direito material, que por concentrar uma comunhão incindível de direitos e deveres, não permite resultados diversos. Sobre o tema, dispõe o CPC/2015, em seu art. 116: “O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”.[180]

O litisconsórcio simples, ao revés, autoriza a entrega de decisões distintas, ainda que a experiência do caso concreto permita que as partes tenham o mesmo destino. Importante, portanto, é perguntar se ao magistrado era possível considerar a atuação dos litisconsortes e, em razão disto, lhes proferir decisões de mérito distintas.

8.7.2 Regime jurídico dos litisconsortes

O estudo teórico das espécies de litisconsórcio, por finalidades didáticas, adota critérios diferenciados quando de sua classificação. Oportuno, no entanto, registrar que a classificação, em absoluto, compromete a possibilidade de se conjugarem as suas diversas modalidades. De fato, constatam-se, facilmente, na praticidade do

caso, as mais diversas combinações. Assim, temos litisconsórcio necessário e simples, facultativo e unitário, misto e facultativo etc.

O regime jurídico dispensado aos litisconsortes encontra sua referência legal no art. 117 do CPC/2015, sob os termos de que: “Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”.

Em corolário, pode-se afirmar que, independentemente da modalidade, as condutas que impliquem benefício ou prejuízo não se comunicarão com os demais litisconsortes, salvo se o litisconsórcio for unitário, pois, neste caso, em razão da impossibilidade jurídica de se entregar decisões distintas, o ato benéfico praticado por qualquer dos litisconsortes aproveitará aos demais.[181] É exatamente o que ocorre quando apenas um entre três réus interpõe recurso contra a decisão e consegue no tribunal revertê-la.

No tocante ao andamento da marcha processual, dispõe o art. 118 do citado diploma processual que o ônus pela prática dos atos necessários ao desenvolvimento da relação processual é individual, sendo cada um dos litisconsortes intimado para tanto.

Correlacionado a esse dispositivo, encontramos no mesmo diploma, o art. 229, que confere prazos em dobro para os litisconsortes, se estes tiverem procuradores de escritórios de advocacia distintos.[182] Sobre o tema, destacamos ainda os dois parágrafos do dispositivo, que, respectivamente, afastam a contagem em dobro do prazo quando, havendo dois réus, apenas um deles contesta, ou quando o processo tramitar em autos eletrônicos.

Ainda sobre o tema, merece registro o Enunciado sumular 641 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”. Ao que nos parece, o teor da súmula se justifica, vez que nesses casos, como apenas um dos litisconsortes sofreu prejuízo com a decisão judicial, somente esse poderá, em tese, interpor recurso, e, sendo assim, a relação processual apresentará

contornos mais simples na fase recursal, dispensando, com isso, a necessidade de serem computados prazos em dobro.

8.7.3 Litisconsórcios especiais

Em algumas circunstâncias, o litisconsórcio se forma em condições especiais. Três delas merecem destaque: (i) o litisconsórcio passivo eventual, em que a cumulação subjetiva é submetida a uma condição. Como exemplo, temos uma investigação de paternidade contra dois réus; (II) o litisconsórcio passivo alternativo, que se verifica, dentre outras hipóteses, na consignação de pagamento contra credores incertos; e, ainda, (III) o litisconsórcio ativo multitudinário.

LITISCONSÓRCIO: CLASSIFICAÇÃO	
Polo da relação	Ativo, passivo ou misto.
Momento de formação	Inicial ou ulterior.
Objeto litigioso	Simples ou unitário.
Formação	Facultativo ou necessário.

ATENÇÃO

Perceba agora como identificar o litisconsórcio num caso concreto. Para tanto, considere uma ação proposta pelo Ministério Público para a dissolução de casamento. Como autor, teremos o MP e, como réus, os cônjuges.

Aqui, o litisconsórcio será: **passivo**, vez que formado por dois réus; **inicial**, pois é constituído já com a propositura da demanda; **unitário**, já que a hipótese não admite decisões diferentes, com a anulação de casamento somente para um dos cônjuges; e, ainda, **necessário**, já

que pela natureza da relação jurídica, a comunhão incindível de direitos e deveres inexoravelmente vai colocar ambos sob os efeitos da decisão judicial.

[131] No processo civil romano, as partes firmavam um contrato por meio do qual assumiam o compromisso de se submeterem à decisão adotada pelo *Iudex, que, em vez de ser um magistrado investido do poder estatal para o exercício da jurisdição, era um cidadão comum, atuando diretamente na composição do litígio, justamente em função da falta de organização do Estado.*

[132] A obra de Oskar von Bülow ainda hoje é considerada a certidão de nascimento do Processo, isto em razão de sua importância científica para a autonomia do Processo.

[133] Dentre as principais críticas referidas a essa teoria, podemos mencionar a inexistência de sanções para reprimir o descumprimento de obrigações impostas ao juiz e a ausência do contraditório no conceito do Processo.

[134] FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996. p. 7-8 e 10.

[135] Por todos, temos as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos*..., p. 103, vazada nestes termos: “Já existe suficiente maturidade, todavia, para entender que o processo não é a relação jurídica processual, ou seja, ele não se exaure nela. A análise jurídica do processo mostra ser ele uma entidade complexa, onde comparecem dois componentes: o procedimento e a relação processual. Considera-se processo todo procedimento animado pela relação jurídica processual”. Este conceito, por um lado, é bastante amplo e permite que se reconheça a natureza de processo a procedimentos que se celebram perante a autoridade administrativa, sem o exercício de jurisdição. Por outro lado, valoriza o procedimento, em termos praticamente coincidentes com a doutrina de Elio Fazzalari.

[136] No Brasil, essa teoria tem encontrado respaldo nas lições de Afrânio Silva Jardim.

[137] As características dessa relação processual serão apresentadas no capítulo sobre pressupostos processuais.

[138] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277-278.

[139] Deve-se observar que, nas demais espécies de processo estatal, este se apresenta como sujeito parcial, tal como acontece no processo administrativo.

[140] Objeto, segundo as sábias linhas de Aurélio Buarque de Holanda, é definido como “a convergência de uma atividade”.

[141] JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987. p. 31.

[142] A expressão, em absoluto, não conta com a simpatia de boa parte da doutrina brasileira, mas ainda hoje vem sendo utilizada e informada nos manuais de processo.

[143] Com amparo nas lições de Ernane Fidélis, conclui-se: “A validade do processo não se confunde com a sua existência, obrigando, inclusive, o magistrado a declarar a invalidade ocorrida. Assim, só existiriam pressupostos de validade, nunca de existência”

(SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 32).

144 A categoria das condições da ação, presente no Código revogado em decorrência da teoria eclética, era composta pelo interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade para a causa; e, por muitos anos representou, ao lado do juízo de admissibilidade do procedimento, uma segunda questão preliminar ao exame do mérito. No sistema processual inaugurado pelo CPC/2015, entendemos, tal categoria já não existe, como condição da ação. Não há, de fato, sequer um único artigo a empregar essa terminologia, que nesse caso traduz um silêncio eloquente. Adotamos, portanto, uma proposta diferenciada, pois passamos a considerar apenas os já mencionados juízos de admissibilidade, nos quais se incluem o interesse de agir e a legitimidade; e o juízo de mérito, no qual se apresenta a possibilidade jurídica do pedido.

145 MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades de direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 9-34, jul.-set. 2000.

146 A incapacidade das partes pode ser arguida a qualquer tempo e encontra amparo normativo para que se busque a extinção do processo. Advertimos, no entanto, que não se pode extinguir o que não surgiu, sendo correto almejar-se uma declaração de inexistência da relação jurídica processual, já que a capacidade de ser parte é abrigada no plano de existência.

147 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1, p. 146.

148 Cumpre lembrar, como bem observa Fredie Didier Jr., “a incompetência constitucional, para alguns doutrinadores implica inexistência de jurisdição e, portanto, a decisão porventura prolatada seria a *non judice”* (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 200).

149 Em bom tempo, entendeu corretamente o legislador que não há que se falar em preclusão para que o juiz, de ofício, possa arguir sua suspeição e enviar a causa para um juiz substituto. Preserva-se, com isso, uma garantia maior, qual seja, a imparcialidade da decisão, tornando possível, assim, convencer as partes do acerto do atuar estatal.

150 Não se desconsideram os casos excepcionais em que a jurisdição é exercida de ofício, mas dada a sua previsão pontual, tais casos serão apresentados no decorrer do curso, como exceções.

151 DIDIER JR., Fredie. *Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do CPC*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>.

152 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 238.

153 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual*

civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 60 e ss.

154 Essa legitimidade não se confunde com uma outra, a legitimidade para a causa, que é classificada como condição da ação e tem seus elementos definidos, hodiernamente, pela relação de direito material.

155 "Presentadas" em juízo, pois, nesses casos, não é correto se falar em representação. Isso porque pessoas jurídicas não são incapazes, e, portanto, a elas não se aplica o instituto da representação.

156 Sobre o tema, consulte-se DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1, p. 205.

157 Outro exemplo pode ser encontrado no exercício da ação civil de reparação de dano "ex delito", em que o *parquet conta com a autorização do legislador para ingressar em nome próprio, pleiteando indenização que originariamente teria como legitimado ordinário a vítima, mas que em razão de sua precária condição financeira, pode contar com a atuação ministerial por força do art. 68 do CPP.*

158 Registre-se que a atuação do advogado, em juízo, só se faz por intermédio de mandato judicial, admitindo-se, porém, que mesmo sem esse instrumento, o profissional da advocacia possa propor a demanda, a fim de evitar prescrição ou decadência.

159 Contra, entendendo ser inconstitucional essa "flexibilização", por contrária à redação do art. 133 da CRFB, registre-se a opinião de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I, p. 237.

160 Sob o formalismo processual, consulte-se a obra de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6-7.

161 Sob essa rubrica, se enquadra uma das antigas condições da ação, hoje mais bem alocada no capítulo destinado aos requisitos de validade do procedimento, já que traduz questão preliminar ao exame do mérito.

162 Sobre a participação do sujeito estatal, advirta-se que ele não é o magistrado, pois este é apenas um agente, que, em sua condição de pessoa física, presenta o Estado; este sim, detentor do poder e incumbido do dever jurisdicional.

163 Com essa afirmação não se faz, sob nenhuma hipótese, alusão ao formalismo ou a qualquer movimento burocrático-positivista.

164 A doutrina tem dividido os poderes instrutórios do juiz em poderes-meio, que autorizam a prática de despachos de expediente, com o intuito de promover o andamento da marcha processual, e os instrutórios, que entregam ao magistrado a possibilidade de determinar a produção de provas *ex officio*.

165 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 146.

166 Com Humberto Theodoro Junior, pode-se afirmar: "a posição do juiz no direito imbuído da concepção social do processo, assumiu inegável proeminência, oriunda da inegável superioridade do interesse público que toca ao Estado na atuação plena da ordem jurídica, mesmo na disputa de interesses privados. *A liberdade da parte situa-se no*

campo da propositura da demanda e na fixação do tema decidendum. No que diz respeito, porém, ao andamento do processo, e à sua disciplina, amplos devem ser os poderes do juiz, para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra da lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória, no que toca à determinação e produção de provas" (Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, v. 263, p. 44 a 46).

[167] AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 209.

[168] Essa tese, em muito se sustenta sob o curioso argumento de que tal disposição comprometeria a soberania judicial. Desconsidera-se, aparentemente, o fato de que o mesmo não se aplica para o Poder Executivo, também soberano e compelido à responsabilidade objetiva.

[169] A reforma da atividade executiva permite, agora, que o corretor, devidamente cadastrado nos quadros do Poder Judiciário, possa prestar serviços de avaliação e venda de imóveis, alargando o espectro dos auxiliares que podem colaborar com a atividade judicante.

[170] As funções e encargos desses auxiliares se encontram previstos nos arts. 149 e seguintes do Código de Processo Civil.

[171] A legislação revogada estabelecia que nas localidades onde não houvesse profissionais gabaritados para preencherem as exigências legais, admitir-se-ia que a indicação fosse de livre escolha do magistrado, respeitando, obviamente, o contraditório.

[172] Sobre a distinção de parte na demanda e parte no processo, a excelente obra de Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 22.

[173] A previsão de deveres para as partes, como se pode deduzir, se correlaciona à responsabilidade processual pela prática dos atos, e será abordada em um capítulo posterior.

[174] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 150-151.

[175] Em razão de se ter lei específica para a imposição de sanções ao profissional da advocacia, por meio da Lei 8.906/1994, as disposições previstas no CPC não contemplam os advogados, que se submetem, destarte, a um regramento diverso.

[176] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 359.

[177] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160.

[178] Por todos, consulte-se Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 233-239.

[179] Acessado em 05 de janeiro de 2023: https://www.conjur.com.br/dl/rede-social-autor-ofensa.pdf.

[180] Essa redação atende ao reclame doutrinário para que não se confundam as noções de litisconsórcio unitário com a de litisconsórcio necessário, tal como ainda hoje se apresenta, por força do art. 47 do CPC, nestes termos: "Há litisconsórcio necessário,

quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo". Mais técnica, portanto, a redação empregada pelo CPC/2015, uma vez que nem todo litisconsórcio necessário é unitário, a exemplo da relação jurídica decorrente da usucapião de bem imóvel, que não obstante admitir decisões distintas para os seus integrantes, apenas por força de lei deverá colocar, no polo passivo da demanda, os proprietários das áreas adjacentes.

181 No sentido do texto, BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 129.

182 Oportuna a referência da Súmula 641 da Suprema Corte, que, ao avaliar os casos em que apenas um dos litisconsortes encontra-se autorizado a interpor recurso, entendeu, acertadamente, a nosso sentir, pela inaplicabilidade do art. 191 do CPC, não sendo, destarte, contado o prazo em dobro para que o único prejudicado com a decisão judicial possa apresentar o seu recurso.



9.1 CONCEITO DE TERCEIRO

Apresentada a manifestação processual da pluralidade de partes na demanda, passamos ao estudo da pluralidade de partes na relação jurídica processual. A compreensão desse fenômeno, no entanto, reclama prévia delimitação do que se entende por terceiro, e, para tanto, podemos afirmar que terceiro é um conceito ao qual se chega por exclusão; assim sendo, todo aquele que ingressa na relação processual sem qualificar-se como parte na demanda – autor ou réu.

9.2 FUNDAMENTOS LEGITIMADORES DA INTERVENÇÃO

A relação jurídica processual traz em si uma eficácia externa. O ideal é que a sentença somente diga respeito às partes, não prejudicando nem auxiliando qualquer um que tenha sido ausente na composição do processo; esse ideal, contudo, não se afirma diante dos fatos, pois a vida nos prova o contrário. Por essa razão, a legislação processual permite o ingresso daqueles que possível ou inevitavelmente possam sofrer, direta ou indiretamente, com os efeitos da atuação judicial. Para tanto, reclama, como requisito de

admissibilidade para o ingresso de um terceiro, que este demonstre algum interesse jurídico. É dizer: a intervenção do terceiro se justifica pela constatação de um vínculo jurídico entre este e a relação jurídica material deduzida.

Em arremate: terceiro é conceito ao qual se chega por exclusão, sendo terceiro todo aquele que não participa da relação processual.

Se esse ingresso, no processo, colocar o indivíduo na condição de autor ou réu, teremos um litisconsórcio ulterior, pois haverá ampliação das partes na demanda; se, ao revés, o terceiro ingressar apenas para participar, sem com isso deduzir pedido ou ter que resistir a uma pretensão, não será autor nem réu, mas irá permanecer como parte no processo.

9.3 AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

As modalidades de intervenção podem ser classificadas em duas espécies: a intervenção voluntária ou espontânea, que se caracteriza por ser fruto da manifestação de vontade do terceiro que almeja participar no processo, e as intervenções forçadas ou coactas, em que a presença do terceiro, em vez de espontânea, é requerida por quem já se encontra na relação jurídica.

9.4 AS ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO

9.4.1 Assistência

A assistência é modalidade de intervenção de terceiro, voluntária, que se verifica quando, na pendência de uma causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro, desde que juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas, possa intervir no processo para auxiliá-la.

Trata-se de espécie admitida em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição. Entretanto, por força da legislação específica dos juizados especiais, corroborada

pelo art. 10 da Lei 9.099/1995, veda-se a assistência nesse procedimento. Suas disposições comuns são apresentadas entre os arts. 119 e 120 do CPC/2015.

9.4.1.1 Procedimento

Ciente de que a intervenção somente se justifica em razão do interesse jurídico, o terceiro que almeje ingressar como assistente deverá peticionar ao juiz da causa, expondo nessa oportunidade as razões que o levam a participar do processo. Essa pretensão de ingresso, em respeito ao princípio do contraditório, terá que observar o prazo de quinze dias, a contar da intimação das partes, para oportunizar a manifestação. Não havendo impugnação dentro desse lapso temporal e demonstrado o interesse jurídico, o pedido de intervenção será deferido. Caso haja impugnação, por se entender que a petição apresentada não trouxe consigo as alegações necessárias para atender às exigências da lei, o juiz, sem causar a suspensão da marcha processual, autuará tal incidente em apenso, para estabelecer uma fase probatória, a fim de obter os esclarecimentos necessários, devendo decidir esse incidente, no prazo legal.

9.4.1.2 Classificação

A assistência é classificada em razão da espécie de interesse deduzido pelo terceiro, apresentando, assim, as espécies simples ou adesiva, e a assistência qualificada ou litisconsorcial.

A assistência simples ou adesiva se caracteriza nos casos em que o interesse do assistente para com o assistido tem amparo em relação diversa daquela deduzida em juízo, mas que ainda assim, por uma via reflexa, pode ser afetada pela decisão judicial, revelando, com isso, uma conexão entre as duas situações.

Exemplo bem conhecido dessa espécie de assistência se dá nos casos em que a demanda inicial envolve a figura do locador e do locatário, numa relação material decorrente do contrato de locação. Diante de uma outra relação jurídica material, decorrente agora de

um segundo contrato, o de sublocação, o sublocatário se vê na iminência de sofrer com uma eventual sentença de despejo, já que ele é que se encontra residindo no imóvel, e que, evidentemente, sofreria com uma possível constrição judicial que o forçasse a deixar o imóvel. Veja-se, que nesse caso, o exercício do direito de moradia decorrente do contrato de sublocação, depende da preservação do direito anterior do locatário. Fundamental o registro de que não há vínculo jurídico direto entre o assistente e o assistido, mas sim uma relação de subordinação entre ambos.

A assistência simples não obsta a que o assistido pratique atos dispositivos, tais como os atos de reconhecimento da procedência do pedido. Esta, por sinal, é a redação empregada pelo art. 122 do CPC/2015: “A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos”.

Limita-se, portanto, o assistente, ao auxílio da parte assistida, valendo-se para tanto dos mesmos meios dispostos aos demandantes, tais como a produção de provas e a interposição de recursos.

Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este se submete aos efeitos da decisão e não poderá, em outro processo, discutir a justiça da decisão. A exceção se estabelece nas hipóteses em que, pelo estado de desenvolvimento do processo, o terceiro interveniente já não tiver condições de produzir provas para influenciar a decisão. O mesmo se aplica para as causas em que, por dolo ou culpa, o assistido não tenha levado, ao conhecimento do assistente, alegações ou provas capazes de interferir no resultado.

A assistência qualificada se caracteriza pela uniformidade da relação discutida em juízo, em que o interesse do terceiro se justifica pelo fato de a decisão judicial poder influir diretamente na relação da qual ele, terceiro, se apresenta como titular. Há, portanto, uma relação jurídica imediata entre o assistente e o adversário do assistido.

Com linhas mais simples, pode-se dizer que o terceiro interveniente também é titular da relação material deduzida em juízo, e muito embora não tenha sido mencionado pelo autor no exercício do direito de ação, o que não lhe permitiu ingressar desde o início como réu, a legislação permite que esse terceiro ingresse no processo como assistente toda vez que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. É exatamente o que se verifica nos casos em que uma dívida é contraída de forma solidária por três pessoas, sendo que apenas a primeira delas é mencionada na inicial do processo no qual se pretende satisfazer o crédito. Como os outros dois devedores não foram citados, estão fora da relação processual e, portanto, para efeito jurídico, devem ser considerados terceiros. Não se pode deixar de reconhecer que os devedores, aqui apresentados como terceiros, são titulares da mesma relação material discutida em juízo, e, justamente por esta característica, poderiam desde o início figurar como parte na demanda, justificando assim a classificação dessa espécie de assistência como assistência litisconsorcial. Advirta-se, no entanto, que, ao assistente, não é permitido discutir a justiça da decisão proferida, salvo se provar que, pelo estado em que recebera o processo ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, ou se desconhecia a existência de alegações ou provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Em razão de esse terceiro ser também titular da relação discutida em juízo, podemos identificar um caso de litisconsórcio unitário, facultativo (visto que a intervenção se dá pela manifestação de vontade do assistente) e ulterior.

Sobre o assunto, vejamos a lição do art. 124 do novo diploma: “Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”. Percebe-se aqui, com alguma clareza, a condição com que se trata esse terceiro interveniente.

Intervenção de terceiro

Assistência	
Simples	**Litisconsorcial**
– Interesse jurídico; – Intervenção espontânea; – O assistente tem relação jurídica com uma das partes, diferente daquela que se discute no processo.	– Interesse jurídico; – Intervenção espontânea; – O assistente é parte na relação jurídica discutida no processo ou é colegitimado extraordinário para defender a relação discutida no processo.

9.4.2 Denunciação da lide

A denunciação da lide é a modalidade de intervenção de terceiro forçada, em que, qualquer das partes envolvidas na demanda (autor ou réu), assegura o direito de regresso frente ao terceiro denunciado, no caso de eventual sucumbência na causa principal. Note-se que, com a denunciação, a relação processual passa a contar com duas demandas, vez que temos, em razão dessa intervenção, o acréscimo de uma nova pretensão, de caráter regressivo.

A denunciação é demanda nova, incidente em processo já existente, e que, por admitir a dedução de uma nova pretensão em juízo, promove a ampliação objetiva da relação processual, fazendo com que tenhamos uma lide principal, e outra, eventual. A eventualidade da demanda incidental se justifica pela vinculação desta para com a demanda principal, pois somente com a constatação do prejuízo, decorrente da decisão judicial, se admite regresso perante o terceiro. Assim, se o denunciante da demanda principal tiver o seu pedido julgado improcedente, caracterizando a ocorrência fática do prejuízo, é que a demanda incidental passa a ser apreciada a fim de garantir, nesse mesmo processo, o ressarcimento do denunciante. Caso contrário, em havendo ganho

da causa pelo denunciante, tenha sido ele autor ou réu da demanda originária, a denunciação perde o seu objeto, vez que nessa hipótese não há que se falar em reparação.

Ilustre-se agora, pela praticidade dos fatos, a concepção dessa modalidade de intervenção. Vamos imaginar que um determinado imóvel tenha sido vendido maliciosamente para duas pessoas, valendo-se o eminente vendedor de uma certidão original e de outra falsa. A prática desse ato odioso irá provocar a disputa judicial do bem, agora objeto litigioso sobre o qual existe controvérsia acerca da titularidade. Pois bem, percebendo o réu que, em razão de ter a escritura falsa perderá o imóvel por força de decisão judicial, deverá esse denunciar a existência da lide para o eminente vendedor, que até o presente momento encontrava-se fora da seara processual e, portanto, se apresentava como terceiro, para que, por meio da denunciação, ele seja citado para responder pelos eventuais prejuízos causados em razão de haver sucumbência do réu denunciante na ação principal, a fim de que possa então, o vencido, exercer os direitos resultantes da evicção.

Como a ideia central da denunciação se encontra na possibilidade de ressarcir o denunciado pelas perdas sofridas na demanda principal, somente se admitiria essa modalidade de intervenção nos casos em que fosse possível ter uma decisão de natureza condenatória; todavia, devemos atentar para o fato de que a doutrina já registra o equívoco dessa percepção, uma vez que a referida modalidade de intervenção também pode ser deduzida em processos que apresentem decisões declaratórias ou mesmo constitutivas, a exemplo do que se detecta nas demandas declaratórias e divisórias.

Sobre as situações que desafiam a denunciação, estabelece o legislador, à altura dos incisos I e II do art. 125, a ordem comentada a seguir.

Nos termos do inciso I, a denunciação pode ser feita ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam. Como a denunciação pode ser proposta por qualquer das partes, não sendo sua legitimidade restrita ao polo passivo da

demanda, podemos sustentar que a intervenção, nessa primeira hipótese, trata do meio processual a ser observado para preservar-se o direito material de propriedade, consubstanciado pelo termo evicção, já que, para o Código substantivo, a evicção consiste na perda da coisa ou direito real, pelo evicto, por força de decisão judicial que reconheça esse direito.

É dizer: o CPC/2015 estabelece o procedimento a ser adotado para a proteção do direito material, e não poderia, sob essa lógica, afastar a viabilidade de se propor demanda autônoma para a realização do direito de propriedade, sem com isso violar o direito fundamental de acesso à justiça. Cremos que, por essa razão, estabelece o legislador que o direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida. Resta, portanto, evidenciada a tese que há muito defendíamos, sobre a impossibilidade constitucional de tornar obrigatória a denunciação, como única via para o exercício do direito de regresso.

A segunda hipótese da denunciação é prevista para aquele “que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”. Essa disposição provoca acesos debates doutrinários desde o Código revogado, isso, em razão de o legislador não ter estabelecido claramente, no texto normativo, qual das duas espécies de garantia estaria a respaldar o uso da denunciação. A garantia, como se apreende pela leitura civilista, pode assumir uma concepção restritiva, o que em corolário limitaria a denunciação aos casos em que a pretensão regressiva tivesse sua justificativa pela não transferência do direito, a exemplo do que acontece na evicção. Para essa corrente, que encontra na obra de Vicente Greco os seus melhores argumentos, a denunciação só seria possível quando, por força de lei ou pelo contrato, o denunciado tivesse assumido a responsabilidade de garantir o resultado da demanda. Sendo assim, a sucumbência na demanda originária autorizaria o manejo da intervenção, a fim de que garanta o direito de regresso. A outra espécie de garantia, tida por garantia imprópria e que apresenta contornos mais amplos, em verdade imputa a responsabilidade ao

terceiro de ressarcir a parte pela ocorrência do evento danoso. Nessa categoria se encontram a responsabilidade pelo inadimplemento contratual e a responsabilidade aquiliana, dentre outras, e como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, se presta em especial para dar resposta à pressão acadêmica e judicial, exercida para que ações regressivas contra as seguradoras tivessem uma resposta mais rápida por parte do Estado.

Ao se analisar o argumento para a defesa de uma concepção mais ampla do instituto, constata-se a evidência de que o Direito brasileiro não consagra qualquer modalidade de diferença entre as garantias, sendo essa classificação discutida e disponibilizada pela doutrina. De fato, o CPC/2015 contempla, a exemplo do Código revogado, nas sábias palavras de Barbosa Moreira, termos "louvavelmente genéricos" ao tratar da garantia, o que parece afastar a possibilidade de o intérprete, com prejuízo de legitimidade, estabelecer uma restrição onde não o fizera o legislador.

9.4.2.1 Procedimento

O procedimento da denunciação assume contornos diferenciados, em acordo com quem se propõe a exercê-la. Assim, em sendo a intervenção provocada pelo autor da demanda originária, a citação do denunciado deve constar expressamente na petição inicial, ao passo que, em sendo a denunciação proposta pelo réu, deverá observar procedimento estabelecido pelo art. 128 do CPC/2015.

A dedução da pretensão regressiva por meio dessa modalidade de intervenção demanda concentração dos atos processuais, de sorte que o autor deve deduzi-la na petição inicial e, o réu, na contestação.

Feita a denunciação pelo autor, o denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte ativo, com possibilidade de agregar novos argumentos à petição inicial, a fim de que se promova, no momento seguinte, a citação do réu.

Sendo a denunciação promovida pelo réu, o denunciado poderá contestar o pedido deduzido pelo autor. Nesse caso, o processo

seguirá, tendo, como litisconsortes passivos, o réu (denunciante) e o terceiro ingressado pela denunciação (denunciado). Na hipótese de o denunciado ser revel, o denunciante pode desistir de incorporar sua defesa, abstendo-se de recorrer. Sua atuação, entretanto, não obsta a proposição de ação regressiva.

Havendo confissão por parte do denunciado, sobre as versões dos fatos deduzidas pelo autor, na demanda principal, o denunciante poderá prosseguir com a sua defesa, ou, concordando com o reconhecimento feito pelo terceiro denunciado, pedir apenas a procedência do pedido de regresso.

Admite-se que o denunciado promova uma segunda denunciação, desta vez, em face de uma quarta pessoa, o que comprova a hipótese de denunciações sucessivas em uma mesma relação jurídica. Advirta-se, no entanto, que em razão de esse incidente prorrogar o andamento da marcha processual, deve o magistrado, em respeito ao princípio da celeridade processual, exercer o controle judicial sobre o feito, vez que a legislação atual admite apenas uma denunciação sucessiva, o que, evidentemente, reserva o direito de regresso, nesses casos, a uma ação autônoma.

O julgamento da denunciação é posterior ao julgamento da demanda original, vez que há antecedência lógica entre a constatação do prejuízo e a eventual condenação ao ressarcimento. Por essa razão, se o denunciante for vencido na ação principal, é que o juiz passa ao julgamento do mérito da denunciação. De outro lado, se o denunciante for o vencedor, não se analisará o pedido da denunciação, embora se possa avaliar e eventualmente condenar o denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado.

9.4.3 Chamamento ao processo

O chamamento ao processo teve seus contornos delineados pelo art. 130 do CPC/2015, e se revela como modalidade de intervenção provocada pelo réu, que, com amparo no vínculo de natureza obrigacional entre ele e o chamado, o convoca para integrar a demanda, a fim de assegurar que todos os coobrigados

pela satisfação da dívida figurem no polo passivo da demanda. É de se notar que essa modalidade de intervenção não amplia objetivamente o mérito do processo, mas provoca a ampliação subjetiva da relação processual, já que o chamado ingressa para dividir com o demandado a condição de réu, caracterizando, assim, um litisconsórcio passivo, ulterior e facultativo. A finalidade desse instituto é, nitidamente, proteger o devedor, que, demandado sozinho para adimplir prestações decorrentes de obrigações solidárias, encontra, no diploma processual, uma via alternativa para que, ao final, a relação processual possa contemplar os demais devedores. Por apego à didática, observa-se aqui, que a solidariedade característica desse instituto se refere aos casos em que todos os devedores se encontram individualmente obrigados pelo adimplemento total, podendo exercer o direito de regresso para reaver o equivalente à sua parte, quando sozinho efetuar o pagamento.

Uma vez promovido o chamamento, estará legitimada a possível execução perante todos os devedores que se obrigaram no plano material, vez que todos eles participarão do processo.

9.4.3.1 Procedimento

A legislação permite o chamamento ao processo nos seguintes casos: do afiançado, na ação em que o fiador for réu dos demais fiadores e na ação proposta contra um ou alguns deles; dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

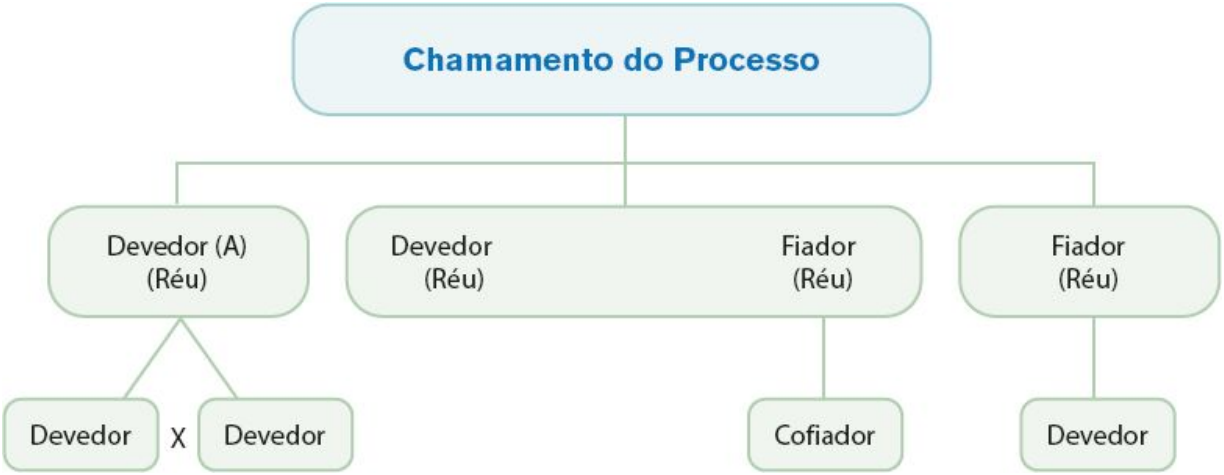
Deve-se registrar, por oportuno, que a primeira das três hipóteses a desafiar essa modalidade de intervenção contempla a possibilidade de o fiador chamar o devedor para integrar a relação processual, garantindo assim o benefício de ordem que lhe é assegurado pela lei.

A segunda hipótese permite que o fiador, demandado sozinho, possa convocar os demais fiadores para compor a relação processual, isto porque entre eles, os fiadores, há solidariedade passiva.

A última hipótese de chamamento ao processo se apresenta entre os devedores solidários, vez que a ser demandado sozinho, pode, em acordo com a legislação processual, convocar os demais devedores para o polo passivo da demanda. Dentre as críticas disparadas pela doutrina, destacam-se as sábias palavras de Barbosa Moreira, previstas para o Código revogado, e que aqui reproduzimos, pela pertinência da matéria. Para esse ilustre processualista, a legislação “finda por comprometer os benefícios conferidos ao credor pela legislação civil”. Isto porque, ao se estudar a obrigação solidária pela ótica material, percebe-se claramente que ao credor essa modalidade se torna interessante por permitir que a satisfação integral da dívida seja perseguida diretamente no patrimônio de qualquer dos coobrigados, sendo mesmo de se esperar que o credor demande apenas aquele com maior lastro patrimonial, de sorte a enfrentar um processo mais célere em razão de haver apenas um réu a apresentar defesa. Ora, se ao demandar apenas um dos devedores, esse pode se valer do chamamento para provocar um litisconsórcio passivo, de nada adianta a escolha inicial, visto que a prerrogativa conferida ao credor pelo Código Civil acaba comprometida pelo instituto do chamamento, que, deliberadamente, entrega ao devedor a palavra final para o caso em questão. Ao que parece, não fora aproveitada a possibilidade de correção da incoerência.

Efetuado o chamamento, a citação daqueles que devem figurar como litisconsortes passivos deve ser requerida na própria contestação, e promovida no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de comprometimento dos efeitos do chamamento. Observa-se, ainda, em função da oportunidade, que esse prazo será dobrado, se o chamado residir em comarca, seção ou subseção judiciária distinta, ou residir em lugar incerto.

Eventual sentença de procedência do pedido valerá como título executivo em favor do réu que satisfaça a dívida, permitindo que, nessa mesma relação processual, se possa exigir do devedor principal ou de cada um dos devedores solidários, a sua quota, na proporção de sua responsabilidade.



9.4.4 *Amicus curiae*

O *amicus curiae* é auxiliar do juízo, e atua mediante provocação do magistrado ou por seu próprio requerimento, com a finalidade de prestar apoio técnico e, com isso, colaborar para o aprimoramento das decisões judiciais. Essa modalidade de intervenção permite que o terceiro ingresse para compor o quadro dos sujeitos processuais, ao lado do magistrado, auxiliares do juízo, membros do Ministério Público e daqueles que atuam com parcialidade no processo.

Sua previsão inicial se deu pela Lei 6.385/1976, pela intervenção da Comissão de Valores Mobiliários nos processos cuja matéria discutida fosse de competência dessa autarquia. Desde então, essa modalidade de intervenção vem afirmando novas hipóteses, e hoje, resta consagrada no art. 138 do CPC/2015. O referido artigo estabelece que, diante da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia (termos vagos que somente diante da faticidade podem ser mensurados para legitimar a intervenção), poderá o magistrado, por decisão irrecorrível, de ofício, a requerimento das partes ou mesmo, por requerimento do próprio terceiro, solicitar ou admitir a intervenção do *amicus curiae.*

A participação que, como já se pode registrar, é feita para auxiliar o juízo, admite o ingresso de pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, desde que devidamente representadas. Para tanto, deve-se observar o prazo de quinze dias,

contados de sua respectiva intimação, para o ingresso na relação processual.

Como bem observa Fredie Didier Jr., “sua função reside no auxílio com questões técnico-jurídicas, municiando o magistrado com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o Direito ao caso concreto. Auxilia-o na tarefa hermenêutica”.[183]

Adotando-se uma divisão meramente didática entre fato e direito,[184] podemos destacar que o *amicus curiae* não se confunde com o perito, pois este presta esclarecimentos sobre fatos, enquanto aquele colabora com seus conhecimentos técnicos para melhor orientar a interpretação judicial.

A extensão dos poderes conferidos ao auxiliar do juízo deve constar de decisão fundamentada, a ser proferida por juiz ou relator. Seu ingresso, entretanto, não altera a competência nem autoriza a interposição de recursos, com exceção feita apenas para a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas e que reclame esclarecimentos, por motivos de obscuridade, na redação ou na contradição entre as premissas e a conclusão, ou, ainda, que se revele omissa quanto às questões deduzidas no processo.

ATENÇÃO

Por expressa disposição legal (art. 138, §§ 1º e 3º, do CPC), assegura-se ao *amicus curiae* legitimidade para recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas ou opor, também pela via recursal, embargos declaratórios.

9.4.5 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

O direito de obter a desconsideração da personalidade jurídica tem seus aspectos materiais regulados pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao CPC regular seus

aspectos procedimentais, entre os arts. 133 e 137, para que se alcance tal finalidade.

Os requisitos materiais para a desconsideração previstos no art. 50 do CC tiveram sua redação alterada pela lei da liberdade econômica,[185] que neste mesmo dispositivo incluiu cinco parágrafos para melhor regulamentar a matéria:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> § 3º O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a

> desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei 13.874, de 2019)
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei 13.874, de 2019).

Sobre o tema, vale destacar a predileção do STJ pela teoria maior, proposta pelo já citado artigo do Código Civil, em detrimento do art. 28 do CDC, que adota a teoria menor. Entende-se, portanto, que a desconsideração da personalidade, como medida excepcional, demanda clara demonstração de abuso da pessoa jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial.

A desconsideração é admitida em todas as fases do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença e nas execuções pautadas em títulos executivos extrajudiciais.

Devemos considerar duas possibilidades: na primeira, a desconsideração é pleiteada na inicial, caso em que provoca a formação de litisconsórcio passivo inicial; na segunda, deduz-se o pedido durante o curso do processo, quando então será verdadeira intervenção. Isso, entretanto, não obsta que a desconsideração seja requerida no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, por força do art. 1.062 do CPC.

Em quaisquer dessas duas possibilidades, demanda-se provocação da parte ou do Ministério Público, nos casos em que sua participação se justifica, o que, em termos práticos, significa dizer que o juiz não pode atuar de ofício.

Normalmente, o pedido de desconsideração é dirigido ao sócio, mas também é possível que se reporte à pessoa jurídica, no que se convencionou chamar de desconsideração inversa. A hipótese é frequentemente materializada nas ações de família, quando um dos cônjuges busca ocultar o patrimônio do casal dentre os bens da empresa.

Quando deduzida na inicial, a desconsideração implica cumulação de pedidos: o primeiro, condenatório, é dirigido à pessoa

jurídica, aqui identificada como devedora. O segundo, de reconhecimento da extensão patrimonial, é dirigido ao sócio, em decorrência de situação fática que autorize a incidência da desconsideração.

A hipótese, advirta-se, não autoriza conclusão pela solidariedade entre o sócio e a pessoa jurídica. Se o demandante inobservar essa particularidade, deverá o magistrado determinar a emenda na inicial, apontando-lhe, com precisão, a existência do vício, em cumprimento do dever de correção, consubstanciado no art. 321 do CPC.

Feita a cumulação de pedidos na exordial, o sócio é citado para figurar como réu e, em decorrência disso, goza de quinze dias para apresentar resposta. Nesse caso, a contestação terá por objeto apenas o pedido de extensão da responsabilidade patrimonial decorrente do débito assumido pela empresa.

Sendo incidente, deve-se assegurar ao sócio, que aqui se apresenta por intervenção de terceiro, prazo de quinze dias para manifestação sobre as provas cabíveis, o que justifica a suspensão (sobrestamento) do processo.

Uma vez estendida a responsabilidade patrimonial, pela desconsideração da personalidade jurídica, os bens dos sócios poderão ser penhorados na fase executiva, observadas as restrições legais previstas pelo art. 795 do CPC.

A questão acerca do incidente pode ser resolvida por decisão interlocutória, caso em que desafiará o agravo de instrumento. Se, entretanto, o pronunciamento judicial se der apenas na sentença, o recurso será o de apelação. Sendo, entretanto, promovida a desconsideração no âmbito do tribunal, por decisão monocrática, deverá a parte manejar o agravo interno (regimental), para provocar a revisão.

[183] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 444.

[184] Essa divisão, que neste momento do curso apresentamos apenas com finalidade didática, hermeneuticamente não nos parece resistir, vez que o Direito não está desconectado do fato.

[185] Lei 13.874/2019.



10.1 O ADVOGADO

Advogado é pessoa formada em Direito, regularmente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil,[186] que detenha a função de orientar e patrocinar aqueles que têm direitos ou interesses jurídicos a pleitear ou defender em juízo.[187] A inscrição no respectivo quadro demanda capacidade civil, diploma ou certidão de graduação em Direito, título de eleitor e o cumprimento dos serviços militares, a aprovação no Exame de Ordem, idoneidade moral, compromisso perante o Conselho e, ainda, não exercer atividade incompatível com a advocacia. Deve-se ainda registrar a conclusão unânime da Suprema Corte acerca da constitucionalidade do Exame de Ordem como requisito essencial ao exercício da advocacia.[188]

A advocacia goza de proteção constitucional e se apresenta como função essencial à administração da justiça, tendo o advogado, no exercício de sua profissão, assegurada a inviolabilidade dos seus atos e manifestações, nos limites estabelecidos pelo legislador.[189] Dentre os direitos elencados no Estatuto da Advocacia, destacam-se: exercer com liberdade a profissão em todo o território nacional; ter respeitada a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus arquivos, dados, correspondências e comunicações, inclusive

telefônicas, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, ressalvados os casos de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB; a comunicação privada com os seus clientes, ainda que desprovido de procuração; ser publicamente desagravado quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela; examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário ou Legislativo, ou da Administração pública em geral, autos de processos, findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos, desde que estes não corram sob segredo de justiça ou detenham documentos originais de difícil recuperação.

Assegura-se, ainda, o uso da palavra em qualquer juízo ou tribunal e, em razão disto, se assegura a possibilidade de sustentar oralmente as razões e contrarrazões de qualquer recurso, e o uso do silêncio, quando tiver de depor sobre fatos que lhe tenham sido apresentados, em consequência do sigilo profissional.

Esses direitos se afirmam em razão do livre exercício da atividade advocatícia, que, ao quanto aqui já se pode registrar, é essencial para a efetividade do texto constitucional e para a afirmação da dignidade do homem (art. 133 da CF).

De fato, a inserção do advogado no exercício da jurisdição e na dinâmica da relação jurídica processual é indispensável para a afirmação dos valores constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois ainda que sua presença não se imponha para todos os procedimentos, tal como acontece em certas circunstâncias dos juizados especiais, a efetividade dos direitos fundamentais quase sempre demanda, em juízo, capacidade técnica na condução e defesa dos interesses de seu titular.

Por isso, pode-se mesmo sustentar que tal exigência constitui, em verdade,

> (...) corolário dos princípios da ampla defesa, do contraditório a da isonomia. A plena eficácia desses princípios pressupõe que se conceda a ambas as partes a oportunidade de participar do processo, trazendo aos autos

> argumentos e provas capazes de influir na formação do convencimento do Estado-juiz. O dispositivo constitucional sobredito, concretizando esses princípios, entende que a oportunidade de participação somente se pode dizer real quando a pretensão da parte possa contar com uma defesa técnica.[190]

Acerca dessa recomendação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, valendo-se de súmula vinculante, editada em 16 de maio de 2008 sob o número 5, asseverou que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Sua origem processual decorre do julgamento do RE 434.059, em evidente confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especificamente consubstanciada na Súmula 343 desse tribunal. Para os Ministros da Suprema Corte, a participação do advogado em processos administrativos do âmbito federal, tornou-se facultativa, em decorrência da regra contida no art. 156 da Lei 8.112/1990.

Essa mesma lei, no entanto, admite a obrigatoriedade da defesa técnica, por exemplo, para o indiciado revel que, devidamente citado, deixa de apresentar defesa no prazo legal, hipótese em que a autoridade instauradora do processo designará **servidor** como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.[191]

Com outras linhas: a lei que regulamenta o processo administrativo disciplinar contempla a obrigatoriedade da defesa, ainda quando o réu for revel – caso em que a autoridade instauradora lhe nomeará um defensor dativo

Com a devida vênia, ousamos discordar desse enunciado sumular, pois a advocacia, pela redação constitucional, se revela essencial à administração da justiça, e não pode por economia ou comodidade ver sua função substituída por quem comprovadamente não possua a formação e o conhecimento técnico necessário para a promoção do devido processo legal. Registre-se, ainda, em função da oportunidade, que dentre os argumentos considerados pelos

Ministros do STF, encontram-se fatores de economia processual,[192] uma vez que, a manter-se o entendimento similar ao do STJ, enfrentaríamos a possível anulação de 1.711 processos concluídos, nos quais os servidores foram afastados de suas funções.

Resta saber se processos anulados por desatenção ou desrespeito aos princípios constitucionais podem ser sanados em nome da conveniência, economia processual ou qualquer outro argumento retórico. Estamos certos de que, para isso, a resposta negativa se impõe, com toda a força que a tradição democrática do Estado permite.

10.1.1 Honorários advocatícios

O CPC estabelece, entre os arts. 82 e 97, uma série de medidas para regular as despesas decorrentes da atividade jurisdicional, as multas consequentes da responsabilidade subjetiva ou objetiva e as principais referências para a compreensão dos honorários advocatícios. Neste último tema, o código estabelece, dentre outras questões: sua natureza jurídica, as responsabilidades pelo pagamento e os parâmetros para sua fixação.

Deve-se ressaltar que a legislação processual ratifica o entendimento de que os honorários advocatícios constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da justiça do trabalho, em acordo com outros dois dispositivos: a Súmula Vinculante 47, que estabelece: “os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”; e o art. 833, § 2º, do CPC, que excepciona a lista de impenhorabilidade para admitir a possibilidade de penhora do salário para o pagamento de pensão alimentícia, independentemente de sua origem, bem como o montante que superar o valor de 50 salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o procedimento legal.

Em julgamento datado de 3 de agosto de 2020, o STJ concluiu pela questionável diferença entre os termos “natureza alimentar” e “pensão alimentícia”, com efeitos práticos imediatos para o exercício da advocacia. Vejamos, portanto, qual a tese vigente na Corte.

Para o STJ, a verba terá natureza alimentar quando destinada à subsistência do credor e de sua família, mas apenas se constitui em prestação alimentícia quando devida por quem tem a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários, em benefício de quem dependa necessariamente deles para sobreviver.

Na prática, isso significa que as exceções previstas em lei para a execução de prestação alimentícia, como a penhora de salários estabelecida pelo art. 833 do CPC e a prisão civil, não se aplicam aos honorários advocatícios.

Sem desmerecer o eficiente trabalho desenvolvido na fundamentação do voto proferido pela relatora, Ministra Nancy Andrighi, entendo que a expressão “prestação alimentícia” deve ser interpretada em sentido amplo, em benefício da própria efetividade da execução, da dignidade do homem e da segurança jurídica, esta última, entendo, prejudicada pela mudança abrupta da jurisprudência da Corte, em flagrante comprometimento dos arts. 926 e 927, § 3º, do CPC.

O pagamento deve ser feito pela parte vencida ao advogado da parte vencedora (honorários sucumbenciais), sendo vedada a compensação, em caso de sucumbência recíproca.[193] Ainda por expressa disposição legal, os honorários são devidos na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

O percentual irá variar de 10 a 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. A apreciação, entretanto, não é feita livremente, pois deve observar os critérios estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do CPC, que elege como referências: (I) o grau de zelo do advogado; (II) o local de tramitação do processo; (III) a importância da causa; e, ainda, (IV) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.[194]

Nessa lista devemos ainda considerar o seu § 3º, que apresenta os critérios para a fixação dos honorários nas causas em que for parte a Fazenda Pública.

Esse percentual pode ser alterado quando o valor for simbólico ou mesmo quando a condenação ganhar valores inestimáveis, casos em que o juiz deverá valer-se da equidade para a sua determinação, em acordo com o art. 85, § 8º, do CPC.

Sobre o tema, destaca-se a Lei 14.365/2022, que altera o CPC para inserir os seguintes dispositivos: §§ 6º-A, 8º-A e 20 ao citado art. 85. O § 6º-A estabelece que: quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido, para fins de fixação dos honorários, a apreciação judicial seguirá os critérios estabelecidos pelos §§ 2º e 3º do dispositivo, sendo-lhe vedada a apreciação por equidade, com ressalva expressamente prevista para as já mencionadas hipóteses de valor inestimável ou simbólico.

O § 8º-A, por sua vez, preleciona que, nas hipóteses de arbitramento por equidade, o juiz deverá observar os valores recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil a título de honorários advocatícios ou o limite mínimo de 10% (dez por cento) estabelecido no § 2º deste artigo, aplicando-se o que for maior.

Já o disposto no § 20 informa que as disposições contidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 6º-A, 8º, 8º-A, 9º e 10 do citado artigo 85 do CPC aplicam-se aos honorários fixados por arbitramento judicial.

Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual dos honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de doze prestações vincendas.

Nas causas em que a Fazenda for parte, a fixação dos honorários advocatícios não será feita dentro dos padrões anteriormente estabelecidos, pois mesmo que as circunstâncias para identificação do valor devido se apliquem, tais como o grau de zelo do profissional e a natureza da causa, o CPC/2015 apresenta, para essa hipótese, uma tabela com valores escalonados. Assim, o percentual de 10 a 20% sobre o valor da condenação ou sobre o proveito econômico só incide até 200 salários mínimos. Acima disso

e até 2.000 salários mínimos, os honorários serão fixados entre 8 e 10%. Se a causa apresentar valores ainda mais expressivos, entre 2.000 e 20.000, o índice decai novamente, sendo de 5 a 8% o valor fixado de honorários. Para as causas situadas entre 20.000 e 100.000 os honorários irão representar algo em torno de 3 a 5% e, ao final, em demandas cujo valor seja superior ao 100.000 o valor advocatício será fixado entre 1 e 3%.

Sobre o tema, estabelece o legislador que, diante da especificidade do caso, quando a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor de 200 salários mínimos, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

Não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa. Já na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescidas de 12 (doze) prestações vincendas.

10.1.1.1 Honorários recursais

Acerca da responsabilidade pelo pagamento dos honorários, estabelece a legislação que isso será feito pela parte que vier a sucumbir, sendo esse custo rateado em caráter proporcional, se ambas as partes tiverem que enfrentar as consequências da sucumbência processual.[195]

Dentre as inovações propostas pelo CPC, destaca-se a possibilidade de honorários recursais, com previsão no art. 85, § 11. A redação estabelece que, ao julgar o recurso, o respectivo tribunal majorará os honorários fixados anteriormente, em decorrência do trabalho adicional desempenhado pelo advogado em sede recursal. Veda-se, entretanto, que o cômputo final possa ultrapassar os respectivos limites estabelecidos anteriormente para as demandas em geral, de 10 a 20%, fixados em fase de conhecimento, ou

aqueles, previstos para as demandas em que a verba tenha que ser paga pela Fazenda Pública.

Segundo o Enunciado 242 do FPPC, os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada, e no caso do recurso de apelação, seu provimento, pelo tribunal, restitui os honorários fixados em primeiro grau e arbitra os honorários de sucumbência recursal. Com isso, eventual condenação de primeira instância sobre a matéria pode ser invertida em sede recursal, caso em que, o órgão julgador deverá fixar os honorários, agora devidos para o advogado que venceu em segunda instância.

Já o prazo para que se possa em juízo deduzir a pretensão de cobrança atualmente é regulado pela Lei 11.902,[196] que reduz de dez para cinco anos o prazo para clientes exigirem prestação de contas dos advogados em relação a quantias pagas por serviços prestados e para os advogados cobrarem seus clientes. Essa regra, já inserida no Estatuto da Advocacia e da OAB, confere um tratamento paritário na relação entre advogado e cliente, já que o cliente tinha até dez anos para ingressar com ações para exigir a prestação de contas, enquanto o advogado dispunha de apenas cinco anos para cobrar os honorários.

Quando fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão e caso a decisão judicial seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, assegura-se ao advogado a possibilidade de propor ação autônoma para sua definição e cobrança. Com isso, supera-se a Súmula 453 do STJ, que, em sentido contrário, estabeleceu, equivocadamente, não caber execução ou ação própria para sua cobrança.

Havendo desistência, renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que tenha desistido, renunciado ou reconhecido. Se qualquer delas for parcial, a responsabilidade pelas despesas será proporcional. Deve-se ainda observar que o reconhecimento da procedência do pedido, quando seguido do cumprimento integral,

reduz os honorários pela metade, em acordo com o art. 90, § 4º, do CPC.

Ainda sobre o tema, dispõe o CPC/2015 (art. 85, § 14) que: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”. Esse pagamento, no entanto, pode ser efetuado em favor da sociedade de advogados que integrar o titular do direito ao pagamento das verbas, desde que assim o requeira.

Encerramos essas considerações com o importante julgado da Corte Especial do STJ, realizado em 16 de março de 2022, que por maioria, no Tema Repetitivo 1.076, acolheu a tese de que os honorários advocatícios devem ser fixados em acordo com a lei e não por equidade quando o valor do proveito econômico, da condenação ou do valor da causa forem elevados. O julgamento, advirta-se, ocorreu pelo rito dos recursos especiais repetitivos, que, ao final, forja um precedente vinculante, obrigatoriamente aplicável nas instâncias ordinárias. Uma vitória da advocacia, por certo, mas antes dela, uma vitória da legalidade e da segurança jurídica.

ATENÇÃO

A Primeira Turma do STJ decidiu que a previsão do contrato de honorários pode estar na própria procuração, sendo isso suficiente para haver retenção da verba honorária no pagamento que for realizado no processo. Com isso, afirma-se a liberdade de forma, que é regra das declarações de vontade.

10.2 ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública, diretamente ou por intermédio de órgãos vinculados, presenta o Estado, jurídica ou administrativamente, para a defesa dos interesses de seus entes e das pessoas jurídicas de

Direito Público, competindo-lhe também o assessoramento e consultoria do Poder Executivo.

Em âmbito federal, essa atribuição é conferida à Advocacia-Geral da União. Na esfera estadual, os interesses dos Estados-membros e do Distrito Federal são patrocinados pela Procuradoria, o que se repete na esfera municipal. Assim, enquanto a Advocacia Pública tem como finalidade a defesa dos interesses do Estado, a Defensoria Pública, que como se verá adiante, é instituição permanente e necessária ao exercício da democracia, volta-se eminentemente para a defesa daqueles que, por uma condição fática ou econômica, se encontram em condição de hipossuficiência.

Feitas estas considerações preliminares, passamos a considerar os aspectos mais relevantes da Advocacia Pública na seara federal.

O ingresso na carreira, para as classes iniciais, se dará mediante concurso público de provas e títulos, e em acordo com a LC 73/1993. Em acordo com a redação empregada pelo art. 132, parágrafo único, da CF, assegura-se a esses procuradores a estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios e após a entrega de relatório circunstanciado pelas corregedorias. O chefe dessa instituição, no entanto, é de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre os cidadãos maiores de trinta e cinco anos, com reputação ilibada e notável saber jurídico.

Os direitos, prerrogativas e deveres inerentes ao exercício da atividade, sem prejuízo da citada lei complementar, se encontram, de um modo geral, disciplinados pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de sorte que a atual lei orgânica da Advocacia-Geral da União apresenta, em caráter de complementariedade, os seguintes deveres e proibições: exercer advocacia fora das atribuições institucionais, contrariar súmula, parecer normativo ou orientação adotada pelo Advogado-Geral da União, manifestar-se por qualquer meio de divulgação acerca do assunto pertinente às suas funções, se para tanto não houver prévia autorização.

Veda-se, ainda, o exercício de suas atividades funcionais em processos judiciais ou administrativos em que seja parte, tenha atuado como advogado de qualquer das partes ou em processos em

que exista interesse de parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o segundo grau. Pelo mesmo motivo, é defeso ao advogado público atuar em causas com interesse de seu cônjuge ou companheiro. Ainda sobre as responsabilidades da Advocacia Pública, o CPC estabelece, com arrimo no art. 184, que o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Considerando as especificidades de suas prerrogativas processuais, não se pode aqui deixar de informar que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, gozarão de prazo em dobro para a prática de todas as manifestações processuais. Essa regra não se aplica, entretanto, se a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: (I) o grau de zelo do profissional; (II) o lugar de prestação do serviço; (III) a natureza e a importância da causa; (IV) o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação

equitativa, observando o previsto entre os incisos de (I) a (IV), mencionados acima.
Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.
Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.
Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.
A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.
O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos na lei.

ATENÇÃO

O STF, analisando a constitucionalidade da percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais pelos advogados públicos, na ADI 6.053/DF, julgou

parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme a Constituição, especificamente por intermédio do art. 23 da Lei 8.906/1994, do art. 85, § 19, do CPC e dos arts. 27 e 29 a 36 da Lei 13.327/2016. Ressalvou, entretanto, que a somatória de subsídios e honorários de sucumbência percebidos mensalmente pelos advogados públicos deve respeitar o teto dos ministros da Corte, conforme o art. 37, XI, da CF.

[186] Por força do art. 10, *caput*, do Estatuto (Lei 8.906/1994), a inscrição principal será feita perante o conselho seccional em que o advogado estabelecer seu domicílio profissional.

[187] A denominação advogado é específica daqueles que se encontram regularmente inscritos nos quadros da Ordem, em acordo com a redação empregada ao art. 3º do Estatuto.

[188] Sua legitimidade fora questionada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 603583) e obteve improvimento por unanimidade pela Corte constitucional.

[189] Algumas atividades caracterizam a situação de incompatibilidade (art. 28) com o exercício da advocacia, podendo essa incompatibilidade ser total ou parcial. Há ainda situações que configuram o impedimento (art. 30) para o exercício pleno da advocacia. Cite-se, como exemplo de incompatibilidade, a ocupação de funções em órgãos públicos, assim como o exercício de atividades militares ou policiais.

[190] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 121.

[191] Art. 164, e parágrafos, da Lei 8.112/1990.

[192] Disponível em: <http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/05/10/sumula-vinculante-n%C2%BA-5-stf/>.

[193] Registre-se, pela oportunidade, que a impossibilidade de compensação em caso de sucumbência recíproca, hoje prevista no texto processual, contraria e supera jurisprudência antiga do STJ, em sentido contrário.

[194] A prática forense tem adotado outra base para o cálculo dos honorários, qual seja, o valor da causa, e não o valor da condenação. Essa dissonância com o texto normativo já fora observada pela lente magistral de Cândido Rangel Dinamarco no artigo “As três figuras da liquidação de sentença”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 92.

[195] O autor que desiste da ação arca com os honorários advocatícios, mesmo quando as decisões anteriores à renúncia forem favoráveis a ele. Foi o que entendeu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao acolher o recurso da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos e demais profissionais da área de saúde de Belo Horizonte e cidades-polo de Minas Gerais Ltda (Credicom).

Para a Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso no STJ, a manifestação da renúncia é ato privativo do autor e independe de anuência da parte contrária. Com a renúncia, o autor da ação impossibilitou o processamento e o julgamento do recurso especial apresentado pela Credicom. “Inexistindo provimento jurisdicional definitivo, o resultado da ação de compensação por danos morais poderia ser alterado com o julgamento do recurso especial”, explicou a Ministra.

196 A referida lei acrescenta dispositivo à Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), inserindo o art. 25-A, com a seguinte redação: “Prescreve em cinco anos a ação de prestação de contas pelas quantias recebidas pelo advogado de seu cliente, ou de terceiros por conta dele (art. 34, XXI)”.



11.1 INTRODUÇÃO

A carta constitucional consagra, em seu art. 127, que o Ministério Público, enquanto órgão estatal, é instituição permanente e essencial ao exercício dos valores democráticos e da proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis, com o dever de zelar pela ordem jurídica e representar os interesses da sociedade. Sua essência institucional não nos permite confundi-lo com as pessoas jurídicas, vez que estas são dotadas de personalidade jurídica.

Dentre suas prerrogativas, destaca-se a autonomia frente aos demais poderes constituídos, para atuar conjuntamente com o Poder Judiciário. Sua organização, entretanto, se liga ao Poder Executivo, compreendendo o Ministério Público da União, com atuação direcionada à justiça especializada (militar, trabalhista e eleitoral), à justiça comum federal; e o Ministério Público Estadual, com atuação garantida nos casos de competência remanescente dos Estados-membros da federação.[197]

Afirmam-se, como garantias dessa instituição: a vitaliciedade, após dois anos de exercício, o que se sustenta a não ser que a perda decorra de sentença judicial transitada em julgado; a inviolabilidade, que por questões de interesse público pode ser

excepcionada mediante decisão do órgão colegiado competente para a questão e, ainda, a irredutibilidade de subsídios.

De outro lado, apresentam-se, como vedações: receber a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia ou qualquer atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei e, por fim, exercer, ainda quando em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

O ingresso na carreira, em acordo com a redação do art. 129, § 3º, da carta constitucional, se dará:

> mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Com o advento da reforma do Poder Judiciário, consubstanciada pela Emenda 45/2004, inseriu-se na Constituição o art. 130-A, com redação pertinente à criação e composição do Conselho Nacional do Ministério Público. Eis o texto:

> O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução (...).

Dentre as inúmeras atribuições, destacam-se: o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como a fiscalização do cumprimento de seus deveres funcionais. Para tanto, o citado artigo estabelece, à altura do inciso I de seu § 3º, que o CNMP deve zelar pela autonomia funcional e administrativa do

MP, podendo expedir atos e regulamentos, no âmbito de sua respectiva competência ou, ainda, recomendar providências.

Ainda sob a orientação dessa regra, o Conselho pode zelar pelos princípios da administração e atuar, de ofício ou por provocação, pela legalidade dos atos praticados pelos membros do *parquet,* seja na esfera federal ou na estadual, podendo, para o alcance desse fim, desconstituir, rever, ou estabelecer prazo para a adequação dos atos com a legalidade.

Sem prejuízo das corregedorias, o CNMP pode conhecer das reclamações contra os membros do Ministério Público, avocar processos disciplinares em curso ou ainda determinar a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas. Advirta-se, ainda, que por votação secreta será escolhido um Corregedor Nacional, vedada a sua recondução.

11.2 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS

A redação do art. 127 da CF consagra, como princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da unidade revela que muito embora a organização dessa instituição permita uma subdivisão, em decorrência da distribuição federativa de competência, tantas vezes firmada em razão da pessoa ou da matéria, a atuação de qualquer de seus membros não se faz em nome próprio, mas sim em nome da instituição.

O princípio da indivisibilidade, que em verdade é um consectário lógico da unidade, reporta-se aos membros da instituição, que não gozam da prerrogativa da identidade física, podendo, destarte, serem substituídos sem que com isso se altere a participação do órgão ministerial. Registre-se, por oportuno, que a lei determina previamente os casos em que se autoriza a substituição, sob pena de desrespeito ao princípio do promotor natural. Veda-se, portanto, a nomeação de promotores de exceção para atuarem em casos

sem prévia determinação da lei, o que a toda evidência, preserva a autonomia e a independência da atuação do promotor de justiça.

A independência funcional, também consagrada no texto constitucional, assegura que o membro do Ministério Público pode atuar em acordo com as suas convicções, uma vez que a hierarquia contemplada nesse órgão é meramente administrativa e não funcional. Por esse motivo, não se admite a imposição de procedimentos ou limitações ao exercício de defesa da ordem pública, pelos promotores de segunda instância, também chamados de procuradores. Sem prejuízo desses princípios, destacam-se ainda as garantias da vitaliciedade após dois anos de exercício, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, e ainda, as limitações elencadas no art. 128, da citada carta, a saber: exercer a advocacia, receber honorários ou percentuais de custas processuais, exercer qualquer atividade político-partidária, participar de sociedade comercial ou exercer outra função que não a do magistério.

11.3 FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A atuação do Ministério Público na relação processual pode se dar como parte, nas situações em que, por força do art. 177 do CPC, o *parquet* está autorizado a exercer o poder constitucional de ação ou como fiscal da ordem jurídica, caso em que a intervenção do órgão ministerial tem por finalidade precípua garantir a correta aplicação da norma.

Como parte, o Ministério Público atua com expressa autorização legal, podendo solicitar em juízo a correlata tutela jurisdicional. Ocupando neste caso a condição de demandante irá dispor dos mesmos poderes e ônus das partes comuns, por força da redação empregada pelo art. 177 do diploma processual. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de investigação de paternidade ou anulação de casamento. Esse tratamento paritário, no entanto, por vezes é excepcionado pelo legislador, tal como acontece na concessão dos

prazos para a apresentação da defesa e de eventuais recursos, pois em acordo com a redação do art. 188 do CPC, o *parquet* irá dispor de prazo em dobro para contestar e para recorrer (art. 180 do CPC).

Sobre o prazo de manifestação do Ministério Público, deve-se observar que o CPC/2015, ao disciplinar a matéria, promove alteração significativa ao dispor em seu art. 180 que: “O Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica gozará de prazo em dobro para se manifestar nos autos, que terá início a partir da sua intimação pessoal”. Resta evidenciada a diminuição do prazo para contestar, mas também a estipulação em dobro para todos os prazos que reclamem manifestação.

Registra-se ainda, por oportuno, a remota possibilidade de o órgão estatal figurar como demandado na relação processual, que se apresenta na hipótese de se pleitear a rescisão de sentença que tenha anulado o casamento, a pedido do *parquet.*[198]

A atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, ampara-se no art. 176 do CPC, que, sem prejuízo das hipóteses já previstas na Constituição Federal, autoriza a intervenção ministerial nos casos em que houver interesses público ou social, interesse de incapaz ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.[199]

Muito embora a lei apresente as hipóteses de intervenção, não se pode olvidar que essa menção, exemplificativa, não afasta a possibilidade de o juiz, ao verificar no caso concreto o relevante interesse público, provocar a intervenção, que, ao contar com a anuência do Ministério Público, irá garantir a sua presença na relação processual.

A falta de participação do Ministério Público traz consequências diversas a depender da natureza de sua atuação. Enquanto parte no processo, sua ausência será regida pelas disposições referentes às partes, pois aquele se submete aos mesmos ônus, por força do art. 77 do CPC. Como fiscal da lei, em razão do interesse público envolto na presença do órgão ministerial, sua ausência implicará nulidade de todos os atos processuais praticados em momento posterior ao da falta de intimação do *parquet*, não se justificando a imputação da pena de nulidade se, mesmo quando intimado, o silêncio for a resposta. Ao órgão do Ministério Público, ainda, se

aplicam as diretrizes dos arts. 144 e 145 da lei dos ritos, sendo necessário avaliar se a condição da pessoa física que presenta o órgão, por seu promotor ou procurador, não caracteriza a situação de impedimento ou suspeição, isto em acordo com o quanto disposto no art. 148 da lei dos ritos.[200]

Ainda quando atue para garantir e fiscalizar a correta aplicação da norma, pode o órgão ministerial valer-se de seus poderes institucionais para pleitear a produção de provas, requerer a realização de diligências e a juntada de documentos, inquirir testemunhas e praticar atos que possam assegurar uma participação efetiva na instrução processual. Essa participação, se balizada no interesse público de se ter a fiscalização da correta aplicação da norma, deverá ser observada, ainda quando os direitos admitam transação por seus titulares. É o caso do direito ao recebimento de pensão alimentícia por menor impúbere, que, apesar de indisponível, admite a possibilidade de concessões recíprocas a fim de se obter um valor comum. Sendo o seu titular um incapaz, a atuação do Ministério Público deverá ser garantida pela intimação, ainda quando o acordo tenha sido alcançado diretamente pelas partes, e em especial, quando esse for pactuado fora da relação processual, pois, em ambos os casos, temos a referência legislativa, à altura do art. 178, II, da Lei Instrumental Civil, e a evidente possibilidade de prejuízo para o menor, diante da homologação de um acordo que disponha de valores menores.[201]

Destaca-se, ainda, pela proposta didática deste curso, o Enunciado 601 do STJ, aprovado em 7 de fevereiro de 2018: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviços públicos”. Com esse entendimento, portanto, amplia-se a legitimidade do *parquet*, com reflexos diretos na proteção dos direitos dos consumidores.

ATENÇÃO

A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

MINISTÉRIO PÚBLICO	
Quem é	Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
Investidura	O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.
PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS	
Unidade	O MP possui divisão meramente funcional, pois a manifestação de um de seus membros vale como manifestação de toda a instituição.
Indivisibilidade	Representa a atuação institucional, o que assegura, por exemplo, uma possível substituição de seus membros

	sem que isso comprometa a atuação ministerial.
Independência funcional	Garante que seus membros não estejam subordinados aos demais poderes.

FUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL
I – Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; II – Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; III – Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; IV – Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; V – Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VI – Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

ATUAÇÃO NO PROCESSO CIVIL
O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas

hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
I – interesse público ou social;
II – interesse de incapaz;
III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

RESPONSABILIDADES

O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

[197] Dentre as funções institucionais previstas na carta constitucional, destacam-se: a promoção de ação penal pública, a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade e a fiscalização da correta aplicação da lei.

[198] Outros casos em que a atuação do Ministério Público se revela comum são: a ação de anulação de casamento, a ação civil pública, o pedido de interdição, a ação direta de inconstitucionalidade, dentre outras.

[199] A jurisprudência tem delimitado os contornos da atuação ministerial, quando a intervenção se der em razão da qualidade da parte. Cite-se aqui o exemplo da Fazenda Pública, cuja participação não justifica a presença do *parquet* em razão de o Estado, neste caso, já se fazer presentar por meio do respectivo procurador.

[200] Registre-se, por oportuno, que a falta de remissão expressa aos casos de suspeição pelo art. 138, não pode, jamais, autorizar o intérprete, que ao promotor ou procurador não se apliquem as vedações de impedimento, pois isto, a toda evidência, viola a imparcialidade e o ideal de justiça.

[201] Vejamos publicação do Superior Tribunal de Justiça: “É imprescindível manifestação do MP em acordo extrajudicial nas ações de alimentos. É obrigatória a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado por pais de menores em ação de alimentos, a fim de evitar prejuízos aos interesses de incapazes. A conclusão, unânime, é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento a recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul, para anular a sentença que havia declarado extinta a ação de alimentos de dois menores representados pela mãe contra o pai”. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/777476/e-imprescindivel-manifestacao-do-mp-em-acordo-extrajudicial-nas-acoes-de-alimentos>. (A notícia se refere ao REsp 896.310/RS, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.02.2009, *DJe* 26.02.2009.)



12.1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e hoje se apresenta como expressão e instrumento do regime democrático, assentando seus fundamentos já no art. 1º de nossa carta constitucional.

Sua regulamentação normativa, anteriormente disposta pela Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, passou por consideráveis mudanças estruturais, sendo atualmente disciplinada pela LC 132, de 2009. Vejamos então, por esta perspectiva, quais os seus objetivos e finalidades.

Dentre as inúmeras funções institucionais declinadas inicialmente pela Lei Complementar 80/1994 e posteriormente atualizadas pela LC 132/2009, destacam-se: a promoção, difusão e conscientização dos direitos humanos, e a afirmação da cidadania; o fomento de soluções extrajudiciais para os litígios por intermédio da mediação, arbitragem ou conciliação.

Na órbita cível, destaca-se ainda a promoção da ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, o que, já se pode registrar, não se limita às questões financeiras, mas também decorre das implicações fáticas da diversidade. Assim, a atuação da Defensoria na defesa dos interesses alheios envolverá também os

portadores de necessidades especiais, idosos, crianças e adolescentes ou qualquer outro grupo ou segmento social que se revele em condições desequilibradas e, em função disso, reclamem do Estado um tratamento especial.

O exercício de sua função institucional se destaca pela defesa em favor de pessoas naturais e jurídicas, quer seja a relação processual estabelecida em âmbito judicial ou administrativo, perante todos os órgãos ou instâncias.

Advirta-se ainda, em função da oportunidade, que a atuação da Defensoria se estende aos juizados especiais, em razão do quanto estabelecido pelo inciso XIX do art. 4º da citada Lei Complementar.

Acerca da legitimidade, merece destaque a ampliação do papel a ser ocupado pela instituição no patrocínio de direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos, dos direitos referentes aos consumidores ou ainda quando a demanda se revelar capaz de efetivar interesses de um grupo de pessoas hipossuficientes.

A valorização da Defensoria, que ao quanto aqui já se pode deduzir é essencial para a afirmação dos direitos fundamentais e para a efetividade do acesso ao serviço jurisdicional, apesar de contar com previsão constitucional já no texto original de 1988, ao que nos parece, de há muito se faz ausente da realidade brasileira, pois a exemplo de São Paulo, que ainda hoje se destaca como Estado mais populoso do país, somente no ano de 2006 passou a existir naquele âmbito territorial. Há, portanto, uma constatação inexorável de que longos anos se passam entre a promessa do texto e o suspiro de realidade, e isto não se pode mais admitir em um projeto social que almeja, ainda que tardiamente, primar pela dignidade do homem e reduzir nossas graves dificuldades sociais.

12.2 A ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA

Em acordo com a regulamentação contemplada pelo art. 2º de sua lei orgânica nacional, sua estrutura funcional abrange: a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal, Territórios e as Defensorias dos Estados.

Em âmbito federal, a lei complementar estabelece a autonomia para que a Defensoria possa abrir concursos públicos a fim de promover os cargos de sua carreira e dos serviços auxiliares. O ingresso na carreira de Defensor Público Federal será feito mediante aprovação prévia em concurso público nacional de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Registre-se que, mesmo sem a exigência constitucional de três anos de atividade jurídica, estabelecida pela Emenda 45, de 2004, a Lei Complementar 80, de 1994 já exigia, por intermédio de seu art. 26, que no momento da inscrição o candidato comprovasse ter dois anos de atividade. Coube então à LC 132, de 2009, especificar uma percepção contemporânea para o sentido da atividade jurídica, nestes termos: “Considera-se como atividade jurídica o exercício da advocacia, o cumprimento de estágio de Direito reconhecido por lei e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas”.[202]

Estabelece também que a Defensoria da União atue nos Estados, Distrito Federal e Territórios junto às justiças especializadas e à justiça comum federal, em qualquer instância, ainda quando a esfera for administrativa.[203]

Merece destaque, ainda, em função do quanto aqui já se pontuou sobre a necessidade de percepção da influência constitucional para a legitimidade da decisão judicial, a possibilidade, estabelecida à altura do art. 4º, XXII, da citada lei complementar, de a Defensoria convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. Desta forma, a Defensoria deve acolher as referências sociais da camada menos abastada da população, de sorte a provocar, em momento adequado, um espaço de interlocução processual para a exteriorização dessa vontade. Nada mais natural, vez que dentre as atribuições institucionais se destacam a defesa do contraditório e a valorização e patrocínio da democracia. Para tanto, é necessário que essa importante prerrogativa deixe a morada legislativa e passe a compor a realidade brasileira. Devemos avançar para estabelecer a rotina do diálogo em todas as instâncias e procedimentos, e para

isto, a valorização da Defensoria, e de sua participação na relação processual, é fundamental.

12.3 GARANTIAS E PRERROGATIVAS

São garantias dos membros da Defensoria Pública da União: a independência funcional no desempenho de suas atribuições, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade.

A remuneração do Defensor, enquanto servidor público, encontra sua primeira diretriz já no texto constitucional, que por meio dos arts. 135 e 39, § 4º, estabelecem que a remuneração seja feita exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedando-se com isso qualquer acréscimo decorrente de gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

A inamovibilidade, que no âmbito federal encontra sua previsão normativa no art. 34 da LC 80/1994, excepciona essa garantia por meio da remoção compulsória, que somente se aplica com prévio parecer do Conselho Superior com garantia de contraditório e ampla defesa em processo administrativo disciplinar. Admite-se também a remoção por pedido ou permuta, desde que os defensores estejam na mesma categoria da carreira. Tratando-se de remoção por pedido, o pleito deverá ser dirigido ao Defensor Público Geral, nos quinze dias seguintes à publicação do aviso de existência da vaga no *Diário Oficial*. Quando o caso de remoção se apresentar pela permuta, a concessão deverá considerar, além da conveniência do serviço, a ordem de antiguidade na carreira.

Em função de seus deveres institucionais, asseguram-se aos defensores diversas prerrogativas para o melhor cumprimento de suas responsabilidades constitucionais, destacando-se dentre elas: receber intimações pessoais em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa; não ser preso senão por ordem judicial escrita ou em situação de flagrante, caso em que se fará a imediata comunicação ao Defensor Público Geral; requisitar de autoridade pública e de seus agentes: exames, certidões,

perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e outras providências necessárias ao desempenho de suas funções. Assegura-se ainda, como garantia, representar a parte, em feito judicial ou administrativo, mesmo que desprovido de mandato, se para tanto não forem exigidos os poderes especiais de representação.

Deve-se registrar, em função da oportunidade, que não há imposição institucional para que a Defensoria promova o exercício despropositado da atividade jurisdicional, de sorte que ela pode deixar de atuar na relação processual quando os interesses da parte forem manifestamente incabíveis ou contrários aos interesses do representado. Essa atitude, no entanto, reclama comunicação ao Defensor Público Geral, por força do quanto estabelecido no art. 44, XII, da Lei Complementar 80/1994.

12.4 DOS DEVERES, PROIBIÇÕES E IMPEDIMENTOS

Dentre os deveres atribuídos aos Defensores Públicos da União, ressaltam-se a necessidade de residir na localidade onde exercem as funções, representar ao Defensor Público Geral sobre as irregularidades de que tiver ciência, em função do cargo, e observar o expediente forense para a prática de atos processuais.

As proibições se apresentam para o exercício da advocacia, fora das atribuições institucionais; requerer ou praticar atos em desacordo com as funções e responsabilidades inerentes ao exercício funcional; receber honorários, percentagens ou custas processuais em razão de suas atribuições. Veda-se também, ao Defensor, o exercício de qualquer atividade político-partidária, enquanto estiver atuando junto à justiça eleitoral. Essa vedação, nos parece, deve se impor em consequência da atividade e não apenas da área de atuação eleitoral.

Já os impedimentos de exercício da função em processos ou procedimentos se justificam em corolário da garantia de imparcialidade, e podem ser elencados: nos casos em que o

Defensor seja parte ou de qualquer forma interessado direto no resultado; nos processos em que tenha atuado como representante da parte, perito, magistrado, membro do Ministério Público, auxiliar do juízo ou tiver prestado depoimento como testemunha. Pelo mesmo motivo se impede a atuação do Defensor quando o interessado da relação processual for cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Certo que a menção do art. 47 da LC 80/1994 não esgota todas as situações, prevendo o inciso VII a possibilidade de outras hipóteses legais.

Embora o CPC não disponha de muitos artigos sobre a regulamentação processual dispensada para a Defensoria, já é salutar o registro de um título dedicado a essa instituição. Sobre o tema, o art. 186 estabelece prazos em dobro conferidos para a prática de todas as manifestações processuais. O mesmo dispositivo, em seu § 3º, afirma que: “O disposto no *caput* aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública”. A extensão dessa prerrogativa aos escritórios-modelos nos parece reequilibrar uma desatenção legislativa, vez que a realidade dos escritórios-modelos é de franco interesse social e facilita flagrantemente o acesso à justiça da população carente de nosso Estado. O que se quer, pois, não é a equiparação ou substituição das Defensorias estaduais, que por todos os motivos e fundamentos devem ser implementadas e bem estruturadas em prol do projeto constitucional. A intimação, registre-se, far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. Todavia, se a prática do ato processual depender de alguma providência ou informação de caráter pessoal da parte, o juiz determinará, a requerimento da Defensoria, sua intimação pessoal.

DEFENSORIA	
Quem é	Instituição permanente e essencial para

	o exercício jurisdicional, incumbindo-lhe promover, essencialmente, a orientação jurídica e a promoção dos direitos humanos.
Investidura	O ingresso na carreira da Defensoria far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, para a União ou para os Estados.
PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS	
Unidade	Os defensores integram uma unidade orgânica, que atua sobre determinada gestão administrativa. Há unidade, por exemplo, entre os Defensores Públicos Federais (unidade administrativa). Considerando-se, entretanto, somente a atividade desenvolvida, a unidade se afirma entre órgãos administrativos distintos, como a Defensoria Pública da União e uma Defensoria Estadual (unidade funcional).
Indivisibilidade	Representa a atuação institucional, assegurando que os Defensores possam substituir uns aos outros, sem prejuízo da atuação institucional.
Independência funcional	Garante que seus membros não estejam subordinados, no exercício de suas funções, a qualquer órgão. Com isso, assegura-se, por exemplo, que a

	Defensoria da Bahia ajuíze ação contra o próprio Estado.
FUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL	
Exercer a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.	
ATUAÇÃO NO PROCESSO CIVIL	
A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. O respectivo prazo terá início com a intimação pessoal do Defensor Público, nos termos do art. 183, § 1º, do CPC. Esse benefício da contagem em dobro, advirta-se, não se aplica quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o órgão.	
RESPONSABILIDADES	
O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.	

[202] Art. 26, § 1º, da LC 132, de 2009.

[203] A organização das Defensorias estaduais deverá seguir as orientações gerais apresentadas pela lei geral, assegurando, para tanto, em âmbito estadual: a autonomia funcional e administrativa. Preserva também, às Defensorias estaduais, a legitimidade para a elaboração de sua proposta orçamentária.



13.1 INTRODUÇÃO

A sistematização dos atos processuais não se articula isoladamente, sendo necessário, para sua melhor compreensão, o conhecimento das lições propedêuticas, oportunamente apresentadas na Teoria Geral do Direito. Em razão disto, dedicamos aqui algumas linhas ao resgate dessas informações, para em seguida tratarmos de uma modalidade específica, o ato jurídico processual.

De início, devemos lembrar que o fato é um acontecimento da vida, que, em determinadas circunstâncias, torna-se relevante para a ciência jurídica. Assim, por intermédio de uma atividade cognitiva e racional, o ordenamento lhe imputa a produção de efeitos e o reconhece, por isto, como fato jurídico.

Nessa categoria de fato jurídico, se encontram as espécies: fato jurídico em sentido estrito, que identifica os acontecimentos relevantes para o Direito, sem, no entanto, demandar a manifestação de vontade humana; e o ato jurídico, em que a manifestação de vontade é intrínseca e viabiliza a produção de efeitos jurídicos.

Feitas as considerações gerais acerca do fato jurídico em sentido amplo, do fato jurídico em sentido estrito e do ato jurídico,

passamos a identificar, sob essa mesma estrutura, o critério para compreendê-los como fato e ato jurídico processual.

Sem olvidar da divergência doutrinária sobre a matéria, entendemos que o fato jurídico processual, em sentido amplo, é uma ocorrência tomada como suporte para a incidência da norma processual, e que, portanto, produz efeitos no processo.

Por essa mesma vertente, pode-se afirmar que o fato jurídico processual, em sentido estrito, são as ocorrências não humanas, com efeitos jurídicos no processo, tal como a morte do autor, que, na maioria das vezes, determina a suspensão (sobrestamento) do processo para a habilitação de seus sucessores.

O ato jurídico processual, por sua vez, demanda o elemento volitivo, com consequências imediatas ou futuras para o processo. Em linhas gerais, esse ato visa a criar, impulsionar, preservar, modificar, desenvolver ou extinguir a relação jurídica processual.

Sobre o tema, assim se manifesta Cassio Scarpinella:

> Os chamados “atos processuais” podem ser entendidos como todos os atos jurídicos que têm relevância para o plano do processo ou, de alguma forma, podem influenciar a atuação do Estado-juiz ao longo de todo o procedimento. Eles, na sua gênese, são atos jurídicos que, quando praticados, assumem alguma importância no plano do processo ou tendem a surtir efeitos no processo.[204]

Como exemplos de atos processuais, temos: a citação, a juntada de documento ou mesmo a determinação do valor da causa. Deve-se ainda registrar, por razões didáticas, que o ato processual pode ser praticado por quem não participa do processo, como o depósito integral, feito por terceiro desinteressado, para pagar dívida do réu, condenado em obrigação de quantia certa. O importante é que essa conduta traga consequências processuais e não que seja observada por quem já integra a relação.

Sem prejuízo do que aqui se estabelece, devemos ainda considerar a existência do negócio jurídico processual, que, como modalidade de ato jurídico, demanda o elemento volitivo, mas com

uma característica especial: a possibilidade de pactuar quais efeitos processuais serão produzidos em decorrência dessa convenção. É dizer: diferentemente dos atos jurídicos processuais em que as consequências estão já estabelecidas em lei, o negócio jurídico processual apresenta certa liberdade para que os sujeitos possam construir as possibilidades. Assim, por exemplo, admite-se que as partes negociem, antecipadamente, alterações no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda. Em termos práticos, isso admite, dentre outras vias, a contratação de juízo único, a ampliação de prazos e alterações na fase instrutória, nos termos do art. 190 do CPC, que hoje se afirma como cláusula geral para convenções processuais.

13.2 OS DIFERENTES PLANOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Retomamos aqui os ensinamentos apresentados em linhas anteriores, quando sustentamos que os planos de existência, validade e eficácia pertencem à seara da Teoria Geral do Direito, para perceber por quais motivos eles podem ser aplicados nas mais diversas áreas do saber jurídico. Não por outro motivo, também no estudo dos atos processuais se falará uma vez mais sobre os distintos planos de percepção do ato.

O plano de existência dos atos praticados na relação processual está reservado para o que lhe for absolutamente essencial, de sorte que, na falta de qualquer dos seus elementos constitutivos, o ato não se concretiza no plano jurídico, sendo, por isso, inexistente. Esse vício, ao contrário dos demais, não admite qualquer modalidade de convalidação. Exemplo do não ato nos é entregue por uma petição inicial desprovida de pedido. Ora, como lhe é essencial para a identificação apresentar um pedido ao juízo, pode-se dizer que não há petição inicial sem pedido.

Superado o plano de existência, deve-se então analisar se o ato atende aos reclames estabelecidos em abstrato pelo legislador. Havendo atenção para com os ditames legais, passa a ser

adjetivado como ato válido; do contrário, se a prática desrespeitar o quanto exigido pela lei, a ele será imputada a pena de invalidade.

A ineficácia se aplica aos casos em que o ato não apresenta aptidão para produzir os efeitos esperados. Como os planos de existência e validade não se atrelam ao plano de eficácia, nada impede que atos válidos e mesmo inválidos produzam efeitos jurídicos. Em decorrência disto, por exemplo, o ato de comunicação e integração da relação processual, a citação, ainda que tenha sido determinado por juízo absolutamente incompetente, muito embora desrespeite as regras hodiernas do procedimento, poderá produzir efeitos e induzir em mora o devedor solvente, o que a toda evidência exemplifica a questão ventilada neste texto.

13.3 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

A classificação emprestada aos atos processuais, assim como as outras classificações doutrinárias, advirta-se, quase sempre é fruto da atividade intelectual do autor, e em razão de sua subjetividade, não poderá gozar de uniformidade na apresentação da matéria. Adotaremos a classificação que, em nosso entendimento, melhor se coaduna com as diretrizes do CPC, de sorte que os atos passam a ser apresentados em três espécies: atos das partes, atos do juiz e atos dos auxiliares do juízo.

13.3.1 Atos praticados pelas partes

Os atos processuais praticados pelas partes podem se dar na seguinte ordem:

Postulatórios, assim entendidos os atos que contemplem alguma pretensão ou solicitação a ser deduzida perante o Estado-juiz. A pretensão, como já se pôde perceber em linhas anteriores, retrata um dos elementos identificadores da demanda, e, em razão da inércia característica da jurisdição, servirá como elemento balizador da atuação estatal. O ato postulatório, por excelência, é revelado

pelas linhas da petição inicial, sem que com isso, no entanto, se esgote a atividade, pois ao longo do processo se admitem deduções outras, como os requerimentos para a citação do réu.

Já os atos instrutórios, qualificam-se em razão da sua finalidade, pois visam a formar o convencimento judicial, preparando assim o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional. Com esse escopo, são praticados os atos de inquirição de testemunhas, a apresentação de documentos ou coisas ou a realização de alguma perícia, dentre outros.[205]

Os atos dispositivos observam a manifestação de vontade das partes em dispor de algum direito ou vantagem, possivelmente assegurados pela tutela jurisdicional. Essa renúncia, tanto pode ser feita unilateralmente por qualquer das partes, a exemplo do reconhecimento do pedido do autor, pelo réu, ou ainda em função da atitude conjunta dos demandantes, como a transação.

Por fim, apresentam-se os atos reais ou materiais, assim entendidos os atos que, por seus aspectos práticos, identificam condutas concretas como o (recolhimento) das custas judiciais.

13.3.2 Atos praticados pelo juiz

Vencidos os atos praticados pelas partes, segue-se agora ao estudo dos atos praticados pelo magistrado, nomeados na atual legislação como pronunciamentos judiciais.[206] São eles: sentença, decisão interlocutória e despacho.[207]

Sentença é ato judicial cuja definição é feita por disposição normativa, precisamente à altura do art. 203, § 1º, do CPC/2015 que, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, a compreende como pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

Ao conteúdo do ato, portanto, atrela-se também a aptidão para o encerramento do processo (nos casos de indeferimento liminar, por exemplo) ou para o encerramento do procedimento (e aqui se apresenta, em caráter ilustrativo, a situação na qual o juiz, ao praticar o ato [sentença], encerra o módulo de conhecimento,

abrindo um segundo módulo, agora para dar cumprimento à decisão, ou submete-a à revisão, em razão de eventual oferecimento de recurso).

Deve-se ainda registrar que a hermenêutica jurídica, bem aplicada à Teoria Geral do Processo, supera qualquer lição de que a sentença derive de *sentire*; vez que tal percepção, no panorama atual, colide frontalmente com o Estado Democrático de Direito. É dizer: essa realidade positivista-normativa já não se coaduna com o novo ordenamento processual, pois a norma, aqui empregada como fruto da interpretação, não retrata manifestação individual ou reflete convicções subjetivas e individuais. Ao revés, afirma o compromisso de respostas adequadas, legítimas e justas, pelos vetores da coerência e da integridade.

Decisão interlocutória é conceito ao qual se chega por exclusão, já que a redação do art. 203, § 2º, do CPC, estabelece ser esse todo o pronunciamento decisório diverso da sentença. Perceba que legislador amplia consideravelmente seu objeto, incluindo aqui, também as decisões parciais de mérito. Assim, por exemplo, se o autor formula dois pedidos, o primeiro para obter a gratuidade da justiça e o segundo para conseguir o pagamento de indenização por danos materiais, eventual indeferimento da gratuidade, por não encerrar a fase de conhecimento, que segue para apurar os danos materiais, será percebida como decisão parcial de mérito: interlocutória.

Já os despachos caracterizam-se como atos realizados pelo juiz em consequência do impulso oficial. Os despachos se diferenciam dos demais atos judiciais por não possuírem qualquer carga decisória. Como exemplo de despacho, pode-se indicar a remessa dos autos ao perito e a determinação da citação.[208] Sobre o tema, o CPC/2015 estabelece que, por despachos, devem ser entendidos todos os demais atos praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. O prazo legal para que o magistrado pratique atos de mero expediente é de cinco dias.

Já em julgamentos proferidos por órgãos colegiados, sejam estes tribunais ou turmas recursais (Juizados Especiais), temos um acórdão. Necessária, entretanto, a observação de que a disposição

atual sobre o conceito de acórdão não destoa da legislação revogada, e nesse ponto, repete um erro sistemático, vez que nem todas as decisões colegiadas proferidas por tribunal se enquadram na descrição, a exemplo das decisões colegiadas proferidas pelas turmas recursais nos Juizados Especiais, com fundamento no art. 46 da Lei 9.099/1995. Ademais, há também, nos próprios tribunais, decisões monocráticas.

Por fim, passamos ao estudo dos atos praticados pelos auxiliares do juízo. Em razão de o agente ser um servidor público, sobre esses atos incide a presunção relativa de veracidade, convencionalmente chamada de fé pública, pressupondo-se assim a sua regularidade.

Em acordo com a sistematização que propusemos acima, podemos dividir esses atos em: atos ordinatórios, que atentam apenas para a movimentação processual, como a abertura de vista para que uma das partes se manifeste sobre algum novo documento trazido aos autos pelo adversário; os de documentação e certificação, como os atos de protocolo e informação do cumprimento de diligências; ou ainda, os atos de mera execução, como os de penhora e avaliação de determinado bem.

ATOS PROCESSUAIS	
Ato processual é o ato jurídico com consequências imediatas ou futuras para o processo. Visa, com isso, a: impulsionar, modificar, desenvolver extinguir ou produzir algum outro efeito. Sua prática pode se dar dentro ou fora dessa relação.	
ATOS DAS PARTES	
Postulatórios	Deduz-se uma pretensão em juízo. É o que ocorre, por exemplo, pela apresentação da demanda inicial ou pela

	interposição de um recurso, com o respectivo pedido de revisão.
Instrutórios	Atua-se para instruir o processo com a produção de provas e o correlato resultado jurisdicional.
Dispositivos	Dispõe-se de algum direito ou vantagem, a exemplo da renúncia ao direito em que se funda a demanda.
Materiais	Atuações concretas e práticas que geralmente não dependem de capacidade postulatória, a exemplo do recolhimento das custas ou o pagamento de uma indenização, em juízo.
ATOS DO JUIZ	
Despachos	Atos meramente ordinatórios, que impulsionam a relação processual.
Decisões interlocutórias	Decisões de primeira instância que, por exclusão, não se enquadram no conceito de sentença. É o caso, por exemplo, das decisões parciais de mérito.

Sentença	Decisão pautada pelos arts. 485 e 487 do CPC, com aptidão para encerrar a fase cognitiva ou o processo de execução. Ressalvam-se as disposições expressas em procedimentos especiais.
Decisão monocrática	Decisão individual, proferida em órgãos colegiados. Nesse sentido, por exemplo, é a decisão do relator de um recurso.
Acórdão	Decisão colegiada, que tanto pode decorrer de tribunais como de turmas recursais.
ATOS DOS AUXILIARES DO JUÍZO	
Ordinatórios	Atos de mera movimentação processual.
Documentação	Atos de protocolo e de certificação.
Execução	Atos de cumprimento de diligências ou atos executivos, como a penhora e a avaliação.

13.4 TEMPO E LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

A matéria é regulamentada a partir do art. 212 do CPC. A prática dos atos processuais restringe-se aos dias úteis, entre seis e vinte horas, permitindo-se, entretanto, que em situações excepcionais possa ocorrer em horário diverso, para evitar o perecimento do direito. Admite-se, também, que atos iniciados antes das 20 (vinte) horas sejam concluídos após esse horário, se o adiamento prejudicar a instrução processual e implicar risco de dano grave. Sobre o tema, dispõe o CPC/2015 (art. 212, § 2º) que: "Independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido neste artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal".

Faz-se necessário pontuar a diferença entre o horário forense e o horário para a prática do ato processual, pois eles não se confundem. O horário forense, que tem os seus contornos definidos pela lei de organização judiciária, refere-se ao momento em que se exercem as atividades administrativas dos órgãos judiciais, assim, tanto os atos internos que, por sua finalidade, demandam atividade administrativa, como a realização de audiências devem observar os limites estabelecidos pelas legislações estaduais, que costumeiramente enquadram o expediente entre 8 e 18 horas, de segunda à sexta. Já o horário delimitado para a prática dos atos processuais encontra sua referência normativa no CPC/2015, podendo ocorrer das seis às vinte horas dos dias úteis, incluindo, nesse caso, o sábado. Em razão disso, nada impede que atos externos possam ser praticados depois das dezoito horas, pois, no exemplo reportado acima, muito embora o serviço interno e administrativo tenha se encerrado, ainda será possível a prática do ato processual externo.

Percebe-se, portanto, com clareza meridiana, que não necessariamente haverá coincidência entre o horário forense e o horário para a prática do ato processual.[209]

Deve-se também considerar que, em razão da criação e do desenvolvimento do processo eletrônico, a prática de atos processuais, nessa modalidade, pode ocorrer até as vinte e quatro

horas do último dia do prazo. Isto, ao que entendemos, reflete a comodidade e praticidade das conquistas tecnológicas, pois oferece possibilidade mais ampla de exercício processual, ao tempo que diminui o desgaste e os custos do procedimento.

Destarte, observadas as limitações temporais, os atos processuais deverão ser realizados na sede do juízo, ou, excepcionalmente fora dele, quando as circunstâncias do caso apresentarem obstáculo arguido e demonstrado pelo interessado, com posterior acolhimento judicial. O mesmo se aplica para as hipóteses em que for constatado interesse da justiça ou natureza peculiar do ato, a justificar que sua prática ocorra fora dos limites previamente estabelecidos pelo juiz.

13.5 FORMA DOS ATOS PROCESSUAIS

Os atos e termos processuais submetem-se aos requisitos previstos no novo Código de Processo, e em razão dessas exigências, previstas à altura do art. 188 e seguintes, devem ser escritos em língua portuguesa, e ainda, quando praticados oralmente, em função da segurança jurídica, devem ser reduzidos a termo, de sorte que se possa ter o registro físico do quanto deduzido em juízo. Assim, por exemplo, muito embora o procedimento aplicado aos juizados especiais apresente maior atenção para com o princípio da oralidade, por se entender que isto facilita o trâmite do processo, a oralidade não supera o momento da interposição ou da prática do ato, que como já se afirmou, terá seu conteúdo reduzido a termo. Consagra-se nesses artigos, portanto, o princípio da documentação.

Em decorrência do caráter instrumental do processo, preleciona o CPC/2015 que os atos não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, alcancem sua finalidade. Consagra-se, nesse dispositivo, o conhecido princípio da liberdade das formas. Veja-se, em razão da oportunidade, a redação empregada pelo art. 188 do novo Código: “Os atos e os termos

processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial".

Dispõe ainda a novel legislação, precisamente em seu art. 189, que a prática dos atos processuais deve observar o mandamento constitucional da publicidade, garantindo, ainda que formalmente, o controle social das decisões judiciais. Esse mandamento se apresenta mesmo diante do comparecimento informal de qualquer das partes ou de seus representantes judiciais, devendo o magistrado ordenar, em seguida, o respectivo registro nos autos, com os respectivos nomes, dia e horário do comparecimento. Reserva, no entanto, em respeito à peculiaridade do caso concreto, hipóteses de segredo de justiça, em função da condição pela qual passam os atores da relação processual, a fim de não expor imperiosamente suas intimidades, em desrespeito evidente da dignidade humana. Cuida então a norma processual de estabelecer exceções, destacando-se, dentre elas, as demandas que envolvam casamento, separação de corpos, união estável, divórcio, guarda de crianças e adolescentes, alimentos e filiação. A mesma garantia é entregue para os processos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade e para aqueles que versem sobre arbitragem e o cumprimento da carta arbitral, desde que a necessidade tenha sido comprovada em juízo.

Ao tratar dos processos que correm em segredo de justiça, assegura o CPC/2015 que a consulta e a obtenção de certidões dos atos sejam restritas às partes e seus procuradores, permitindo, entretanto, que terceiro com interesse jurídico possa requerer ao juiz uma certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário ou partilha resultante de divórcio ou separação.

13.6 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

De há muito admitíamos que as partes pudessem convencionar sobre algumas questões processuais. Essa possibilidade, entretanto, sempre se limitou a questões pontuais, tais como a

suspensão do processo por até seis meses ou sobre o adiamento da audiência.

Em razão da isonomia material e do mandamento constitucional para a entrega de uma técnica coerente às especificidades da demanda, a liberdade das partes para promover adequações ao procedimento tornou-se a regra, no novo modelo de sistema processual. Por essa razão, a legislação estabelece, entre os arts. 190 e 191 no CPC/2015, esta que identificamos ser uma cláusula geral para a celebração do negócio jurídico processual.

A disposição legislativa, sem precedentes dessa dimensão na legislação anterior, prevê a possibilidade de as partes plenamente capazes estipularem mudanças no rito, a fim de adequá-lo às peculiaridades do caso concreto – o que se verifica pela convenção sobre os seus respectivos ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, se os direitos envolvidos admitirem autocomposição. Trata-se de disposição que em muito valoriza a autonomia, em aparente (e apenas aparente) detrimento das regras processuais, previstas inicialmente para atender a um interesse público.

Ao que entendemos, de há muito regras processuais são empregadas com baixa densidade semântica, de sorte a viabilizar que a faticidade da causa possa apresentar os contornos adequados da decisão judicial. Nesse sentido, por exemplo, temos normas processuais dispostas sob as vestes da adequação, da razoabilidade, do interesse público, da proporcionalidade e tantos outros dispositivos processuais que muito contribuem para a isonomia material. Em linhas anteriores, já registramos a necessidade de essa abertura semântica ser compreendida pelos vetores da coerência e da integridade, pois, desse modo, acreditamos que a peculiaridade do caso será determinante para a coerência das decisões judiciais.

Na esteira dessa ideia, o negócio jurídico processual permite que as partes envolvidas estabeleçam, em contraditório, com limites e sob a supervisão do Estado, meios adequados ao caso concreto. A inovação, advirta-se, não entrega às partes competência legislativa para criar procedimentos, vez que a hipótese traduz exercício privativo da União, previsto no art. 22, I, da CF, mas sim a

possibilidade de convencionarem sobre as regras já existentes, em função do melhor exercício da jurisdição. Evidente que a convenção sobre qualquer alteração das regras já determinadas, em abstrato, para o exercício da jurisdição, não serve de álibi para justificar arbitrariedades particulares, e por essa razão, submete, o CPC/2015, quaisquer mudanças à avaliação judicial, que deverá exercer controle sobre a validade dos atos. É o que decorreria, por exemplo, se uma das partes estivesse vulnerável quando da convenção sobre a produção da prova.

Dentre as convenções admitidas pelo ordenamento se encontram: a possibilidade de juízo único, quando o caso não reclamar reexame necessário; a criação de legitimidade extraordinária contratual; a previsão de ônus específicos para o pagamento dos honorários advocatícios; a previsão de novas hipóteses de tutela de evidência; ou ainda negociações sobre os prazos processuais, quer seja para dilatá-los ou para reduzi-los.

Ainda em decorrência da valorização do caso concreto e da autonomia das partes, estabelece a redação do art. 191 do CPC/2015 a possibilidade de fixar, em comum acordo entre as partes e o juiz, um calendário para a prática dos atos processuais. Definido o calendário, este vinculará os sujeitos da relação processual, sendo modificado apenas em casos excepcionais. O agendamento, observe-se, dispensa a intimação.

ATENÇÃO

Dentre as convenções processuais admitidas pela doutrina, destacam-se a possibilidade de as partes afastarem o duplo grau de jurisdição, quando não for o caso de reexame necessário, e a criação de legitimidade extraordinária contratual.

13.7 PRÁTICA ELETRÔNICA DE ATOS PROCESSUAIS

O CPC/2015 dedica uma seção inteira, no capítulo dos atos processuais, para tratar de sua prática pela via eletrônica. De início, a legislação estabelece que os atos podem ser total ou parcialmente digitais, a fim de que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico. Essa disposição, advirta-se, aplica-se, no que couber, à prática de atos notariais e de registro.

Sobre qualquer sistema de automação processual incidem, obviamente, os mandamentos constitucionais de publicidade, acesso e participação das partes e de seus procuradores no procedimento.

O registro do ato processual eletrônico, como bem observa a redação do art. 195 do CPC/2015, deve ser feito em padrões abertos, de sorte a atender aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, conservação, não repúdio e, nos casos em que a causa demandar segredo de justiça, de confidencialidade.

Sobre a atuação e a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais na regulamentação, prática e comunicação oficial dos atos processuais, determina o novo diploma que eles devem velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação gradativa de avanços tecnológicos, sempre com respeito às disposições previstas no CPC/2015. Para o fiel cumprimento desses deveres de padronização, regulamentação e aprimoramento, atuam, originariamente, o CNJ e, supletivamente, os tribunais.

A divulgação das informações constantes em cada sistema de automação deve ser feita em página própria, na rede mundial de computadores, sendo de responsabilidade do respectivo tribunal, não só a disponibilização e o acesso, como também o reconhecimento de que as informações, ali prestadas, gozam da presunção de veracidade e confiabilidade.

Em eventuais problemas técnicos, erros, manutenções ou omissão do auxiliar de justiça responsável pelo registro do

andamento, poderá a parte alegar justa causa, provando que, por motivo alheio à sua vontade, não se deu a prática do ato. Nessa hipótese, deve o magistrado permitir que o ato seja praticado, em prazo razoável e compatível com a experiência jurídica.

A fim de que o meio eletrônico não implique óbice ao acesso do jurisdicionado, as unidades do Poder Judiciário deverão manter, gratuitamente, equipamentos para a realização de consultas e a prática de atos. Pela mesma razão, onde tais equipamentos não forem disponibilizados, será admitida a prática dos atos por meio não eletrônico.

Mesmo que o processo não seja eletrônico, é possível que os tribunais utilizem o *DJe* para a publicação dos atos e termos do processo. Assim, por exemplo, intimações podem ser dirigidas aos advogados das partes. Nessa hipótese, a publicação só será computada no primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização da informação no *Diário de Justiça*, abrindo-se o prazo somente no dia útil posterior.

Havendo prévio cadastro do advogado ou da parte, na forma do art. 2º da Lei 11.419/2006, poderá ser dispensada a publicação no órgão oficial, mesmo o eletrônico, que passa a ser feita em portal específico, considerando-se realizada quando houver efetiva consulta eletrônica sobre o teor da intimação. Caso a consulta não seja feita em até dez dias corridos, contados da data de envio, ao final do mencionado prazo de dez dias, será considerada realizada, automaticamente, a comunicação.

Deve-se ainda observar que a citação de pessoas jurídicas públicas e privadas, com exceção das microempresas e empresas de pequeno porte, será feita, preferencialmente, na forma eletrônica. Para tanto, as respectivas pessoas jurídicas devem efetivar e manter cadastro nos sistemas de processo eletrônico, sendo de trinta dias o prazo para a realização do cadastro, contados dos respectivos atos constitutivos. Igual prazo se estabeleceu para as empresas cuja constituição se deu em momento anterior ao CPC/2015.

ATENÇÃO

A Lei 13.793, de 3 de janeiro de 2019, alterou o art. 107 do Código de Processo Civil, que passa a vigorar com um § 5º. Com isso, assegura-se aos advogados o exame e a obtenção de cópias de atos e documentos disponíveis em processos eletrônicos. Pelo mesmo dispositivo, também foram alteradas as Leis 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e 11.419/2016.

13.8 COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O sistema processual de comunicação dos atos não apresenta maiores dificuldades de ordem procedimental, podendo, em decorrência da sua simplicidade, ser resumido em atos de comunicação praticados entre juízos e atos praticados entre o juízo e as partes. As disposições gerais advertem para o fato de que os atos processuais são cumpridos por ordem judicial, e logo em seguida, estabelecem uma breve identificação das espécies.

De início, observamos a possibilidade de que atos processuais sejam praticados por meio da videoconferência ou outro meio tecnológico capaz de transmitir, em tempo real, imagem e som.

Em seguida, o CPC/2015 estabelece que a carta, aqui apresentada em caráter genérico, como ato de comunicação para a prática de atos fora dos limites territoriais do tribunal, comarca, seção ou subseção judiciária, seja expedida nas hipóteses comentadas a seguir.

13.8.1 Comunicação entre juízos

13.8.1.1 Carta de ordem

A primeira comunicação se faz pela carta de ordem, e se destina a estabelecer um comando entre os órgãos superiores e órgãos inferiores, a fim de que estes, em razão da hierarquia, possam dar cumprimento ao quanto determinado no ato de comunicação. Assim, poderá o tribunal expedir carta para o juízo a ele vinculado, a fim de garantir a prática de atos processuais em local diverso dos limites territoriais de sua sede.

13.8.1.2 Carta rogatória

A carta rogatória preserva o escopo da comunicação entre juízos distintos, destinando-se aos casos em que o ato processual tenha que ser praticado por órgãos internacionais. Sua presença ainda hoje em muito é exemplificada pelas ações de alimentos movidas por brasileiros, para assegurar o direito do menor que tenha sua ascendência genética paternal em indivíduo que reside fora do Estado brasileiro.

Verifica-se, em função disso, que os pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas no Brasil, quando tiverem de ser atendidos em conformidade com decisão de autoridade estrangeira, seguirão o procedimento de carta rogatória.

Não por outro motivo, dispõe o novo Código de Processo, no inciso II do art. 237, que a expedição da carta rogatória para órgão jurisdicional estrangeiro se assegura pela cooperação internacional, relativa a processo que tramite frente à autoridade brasileira.

De outro lado, nossa legislação estabelece, pelo art. 961 do CPC, que a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, se não houver, em lei ou tratado, disposição em sentido contrário.

13.8.1.3 Carta precatória

A carta precatória é expedida para que órgãos jurisdicionais brasileiros pratiquem ou determinem o cumprimento de ato em área de competência territorial diversa. Esta carta se justifica em razão

da necessidade de melhor colaboração entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, e pode ser exemplificada em situações comuns, como aquela em que uma perícia precisa ser feita em outro Estado.

Como o órgão jurisdicional teve seus limites de atuação definidos em função do território, não se poderia aceitar que realizasse a produção de uma prova técnica, como a perícia, fora do espaço geográfico predefinido em lei para o exercício de sua atividade.

Registra-se, ainda, que a comunicação entre o juízo deprecante e o juízo deprecado não denota qualquer hierarquia entre eles. Mesmo assim, ao juízo deprecado se impõe o dever de cumprimento da solicitação, ressalvadas as hipóteses legais de escusa estabelecidas pelo art. 267 do diploma processual.

13.8.1.4 Carta arbitral

Por último, prevê a legislação a carta arbitral, para que o Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, dentro de sua respectiva competência territorial. A prática desse ato de comunicação contempla a efetivação da tutela provisória. Entendemos que a inovação decorre da necessária instrumentalização de meios processuais entre as atividades jurisdicionais, pois, em linhas anteriores, afirmamos o entendimento da arbitragem como espécie de jurisdição privada.

13.8.1.5 Cooperação jurídica nacional

A Cooperação Judiciária Nacional é um conjunto de atos e instrumentos que servem para a interação entre os órgãos jurisdicionais, sejam eles judiciários ou não. Com isso, incluímos, além dos órgãos tradicionais: o CADE, as Agências Reguladoras, os Tribunais de Contas e litigantes habituais como o INSS. É possível ainda que a cooperação se desenvolva entre o judiciário e órgãos profissionais, como a Ordem dos Advogados do Brasil.

A finalidade desse conjunto de atos e instrumentos tanto pode residir na infraestrutura, criada e desenvolvida em conjunto para o

melhor exercício da atividade jurisdicional, como também serve, em temos mais específicos, para melhor gerir, conduzir e decidir casos concretos, que aqui são finalizados por meio de práticas conjuntas para uma prestação mais eficiente do sistema de justiça.

A natureza jurídica da cooperação é percebida pela doutrina especializada como princípio, o que demanda análise hermenêutica para identificarmos os caminhos institucionais percorridos por ele, na tradição jurídica, para afirmar-se como padrão ético, capaz de conduzir respostas institucionais.

De início, observamos que o CPC/1973 tratou da cooperação entre juízos de maneira solene, nas hipóteses de delegação de poderes ou solicitação de auxílio, por meio das já estudadas cartas de ordem e cartas precatórias. Esse modelo de interação certamente traduziu a formalidade da época e por muitos anos serviu indiscriminadamente às dinâmicas processuais.

Com a Constituição Federal de 1988, já sabemos, contratamos um novo modelo de Estado e, com ele, promovemos uma mudança paradigmática na matriz teórica com a qual passamos a compreender o Direito. Por essa matriz pós-positivista, ancorada pelos Direitos Fundamentais e comprometida com o resgate da faticidade, as respostas institucionais deixaram de traduzir juízos solipsistas e, agora, buscam consagrar no espaço público respostas adequadas com o caso concreto. Há muitas vias processuais adotadas para esse fim e aqui, na cooperação judiciária, será necessária uma releitura de suas possibilidades e formalidades, para que ela melhor traduza o ideal de procedimentos e respostas adequadas do Estado Democrático de Direito.

É certo que a flexibilização, a teoria da instrumentalidade, a perspectiva mais ampla da teoria das nulidades processuais e mesmo os hoje festejados negócios jurídicos processuais servem de exemplo dessa influência constitucional na cooperação entre juízos. Note-se que pouco tempo depois de promulgada a Constituição, tivemos uma alteração na dinâmica dos atos processuais, que pelo art. 13, § 2º, da Lei 9.099/1995, já estabelecia a liberdade das formas de cooperação, alargando em muito o horizonte das

comunicações de solicitação e delegação, por meio das cartas precatórias.

Seguindo essa perspectiva de melhor interação entre os juízos, em 3 de dezembro de 2011, o Conselho Nacional de Justiça orientou tribunais a instituir mecanismos de cooperação judiciária, consagrando-a como instrumento contemporâneo de desburocratização. Essa orientação gerou, dentre outros frutos: os núcleos de cooperação judiciária e a figura do juiz de cooperação.

Nessa mesma linha de flexibilidade e resgate da identidade material da demanda, o CPC/2015, em seus arts. 67, 68 e 69, e a Resolução 350 do CNJ ratificaram o caráter negocial do Processo Brasileiro, que hoje se adéqua às diretrizes constitucionais de isonomia, eficiência e celeridade, sem com isso violar as outras garantias já consagradas no espaço público, pelo devido processo legal.

É com base nesse diálogo histórico-normativo que defendemos ser a cooperação judiciária nacional um princípio, dotado, portanto, de exigibilidade, que dialoga com as normas fundamentais do Processo Brasileiro, sendo possível compreendê-lo como uma faceta da cooperação, consagrada pelo art. 6º do CPC, que agora orienta não apenas a prática entre os sujeitos processuais, mas também entre os próprios órgãos que direta ou indiretamente participam do sistema de justiça.

Todos esses arcabouços normativos acerca da cooperação, inicialmente compreendido de forma sistemática com as garantias fundamentais processuais, posteriormente foram regulamentados pela Resolução 350 do CNJ, que hoje serve de marco legal para desenvolvermos os estudos sobre os **sujeitos** da cooperação, seus **instrumentos**, os **atos** de cooperação e, ainda, de maneira mais específica, seu **objeto**.

Como sujeito da cooperação teremos necessariamente um órgão judiciário, que pode perfeitamente atuar com um outro órgão judiciário, caso em que teremos uma atuação intrajudiciária. Seria o caso de dois juízos, vinculados ao mesmo tribunal de justiça, mas inseridos em comarcas distintas, que por *e-mail* se comunicam para

que um solicite ao outro a prática de uma providência, como a intimação pessoal de uma das partes do processo.

Uma segunda possibilidade pode surgir pela cooperação entre um órgão judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que de alguma maneira possam colaborar. Nesse caso, teremos uma atuação interinstitucional. É o que pode ocorrer, por exemplo, entre o Tribunal de Justiça e a OAB, que resolvem, pela cooperação, considerar válidas as intimações feitas aos advogados por aplicativo de mensagens.

Essa racionalidade na gestão da competência, advirta-se, não supera o princípio da legalidade, do juiz natural e do devido processo legal. Com isso afirmamos, mais uma vez, que a cooperação deve inexoravelmente observar as garantias consagradas no espaço público, tais como o contraditório efetivo, a publicidade, a fundamentação e todas as outras diretrizes já estudadas no capítulo das normas fundamentais. É dizer: a liberdade para ajustar a prática de atos processuais não parte de qualquer lugar nem admite qualquer resultado, afinal. Liberdade não é discricionariedade e não se coaduna com percepções solipsistas. Por essa razão, estabelece o art. 5º da Resolução que a cooperação deve ser documentada nos autos, deve, observadas as garantias fundamentais do processo, ser comunicada às partes e observar uma fundamentação imparcial e objetiva, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC.

O legislador estabelece, pelo art. 67 do CPC, o dever de recíproca cooperação, por meio de magistrados, servidores e quaisquer órgãos do Poder Judiciário; e avança, em seu art. 68, para afirmar que qualquer ato processual pode ser objeto da cooperação. Já pelo art. 69 do mesmo diploma, é possível identificarmos, numa lista meramente exemplificativa, instrumentos de cooperação: (i) auxílio direto e os atos de cooperação; (ii) reunião ou apensamento de processos; (iii) prestação de informações; e (iv) atos concertados entre os juízes cooperantes.

Sem prejuízo dessa regulamentação, é preciso destacar que os instrumentos de cooperação são livres, o que significa pôr em xeque, dentre outros atos tradicionais, a necessidade de cartas

precatórias ou cartas de ordem, no sistema brasileiro, já que essas espécies, hoje, carecem de celeridade e eficiência que atualmente conduzem a dinâmica processual. Ademais, essa atipicidade hoje segue as diretrizes de uma técnica legislativa que busca resgatar o diálogo com a faticidade, sem com isso corroborar com posturas individuais, já que nem tudo é permitido pela atipicidade.

Considerando as regras da cooperação judiciária nacional, é possível identificarmos três vias: cooperação por solicitação, por delegação e por atos concertados.

A cooperação por solicitação é simples e de há muito é regulada pelo sistema processual. Surge de uma provocação. Nessa hipótese, qualquer órgão jurisdicional se dirige a um outro órgão, que pode ser jurisdicional, de qualquer instância; de outra área do Judiciário ou mesmo do Poder Executivo, consoante o art. 15 do CPC, que afirma a utilização subsidiária nas outras áreas processuais, viabilizando esse diálogo institucional. Aqui, pode-se ter por instrumento o auxílio direto, para a prática do ato de prestar informações sobre determinado processo, o que, em termos práticos, antes era alcançado por meio de carta precatória, mas hoje deve permanecer apenas de forma subsidiária, diante de inúmeras outras possibilidades mais rápidas, seguras e eficientes de comunicação.

A cooperação por delegação considera a existência de um vínculo hierárquico entre os órgãos. É certo que essa via, tradicionalmente, observou a carta de ordem, mas atualmente, como se procura evidenciar, pode seguir por qualquer outro instrumento. Essa comunicação, advirta-se, caracteriza-se pela compulsoriedade, já que o órgão vinculado deve praticar o ato, objeto da delegação. Ressalte-se, ainda, pela oportunidade, que essa delegação não se confunde com a transferência do poder de praticar atos ordinatórios aos serventuários da justiça, em acordo com o art. 152, VI, do CPC. Nesse caso, temos apenas atos de gestão interna, sem interação com outro órgão jurisdicional.

Os atos concertados ou de cooperação negociada são celebrados por negócio jurídico de direito público, envolvendo juízos cooperantes, consoante o art. 69, § 2º, do CPC. Nessa condição, o

ato concertado vincula somente os órgãos que o subscreveram, devendo esse ato ser escrito de maneira clara, assinado e juntado aos autos. Dada a natureza perene do vínculo entre os órgãos participantes, a cooperação pode ser revista a qualquer tempo, sem prejuízo dos atos já praticados.

Os atos concertados, ao tratar da dinâmica do procedimento, podem estabelecer uma nova rotina de trabalho, não se encerrando no caso concreto em que fora aplicada a cooperação. É dizer: uma demanda pode apresentar, em sua peculiaridade, a oportunidade para a construção negociada de uma nova rotina de trabalho, que seguirá para os demais casos, semelhantes e pertinentes com a circunstância que autorizou essa alteração. Imagine, por exemplo, três instituições bancárias, litigantes habituais em uma determinada comarca, com três varas cíveis. Com isso, cada um dos três oficiais teria que diariamente praticar atos em todas as três unidades bancárias. Em casos assim, a cooperação entre juízos pode convencionar um redirecionamento das demandas para que cada uma das varas cíveis passe a atuar em processos que envolvam apenas uma das instituições. Em termos práticos, a cooperação judiciária, aqui, tem por objeto a racionalização de procedimentos e rotinas administrativas, para uma melhor prestação jurisdicional.

Dentre outros atos concertados, vale destacar as hipóteses previstas pelo art. 69, § 2º, do CPC, nesses termos: “I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III – a efetivação de tutela provisória; IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V – a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI – a centralização de processos repetitivos; VII– a execução de decisão jurisdicional”.

Encerramos as considerações sobre a cooperação judiciária nacional tratando da hipótese de modificação de competência, para saber os limites dessa espécie de ato negociado perante o juiz natural e a legalidade, que de há muito regem nosso sistema de justiça, elidindo a instituição de tribunais de exceção e assegurando ao jurisdicionado um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica.

De início, é preciso observar que temos diversas hipóteses de modificação da competência previstas em lei. Com isso, estabelecemos previamente, de modo excepcional, instrumentos que alteram as regras do jogo sem com isso subverter a legalidade ou criar circunstâncias excepcionais de julgamento. Dentre esses instrumentos podemos citar: a conexão, a continência, a cláusula de eleição de foro, o incidente de assunção de competência, o julgamento de casos repetitivos e, ainda, a federalização de casos, prevista pelo art. 109, V-A, § 5º, da CF. Dentre essas hipóteses, destaca-se a centralização de processos repetitivos como objeto de ato concertado, por força do já mencionado art. 69, § 2º, do CPC. Nesse último caso, entendemos que a reunião dos processos decorrerá do ato concertado e não por mera conexão ou continência, já que isso tornaria o dispositivo sem qualquer utilidade. Em termos práticos, isso significa dizer que processos podem agora ser reunidos para maior eficiência da prestação jurisdicional, mesmo que entre eles não haja semelhança ou risco de decisões contraditórias. Com base nessas lições, podemos reunir, por exemplo, processos de execuções repetidas contra um mesmo devedor, em uma única vara, para com isso termos maior controle sobre os atos executivos como penhora e expropriação.

Considerando as possibilidades mencionadas, podemos concluir que ato concertado pode alterar as competências relativas, sem com isso violar garantias constitucionais. O mesmo, entretanto, não ocorre com a competência absoluta, que demanda expressa previsão legal para sua alteração. Perceba que, por essa razão, um ato concertado não pode deslocar a competência da Justiça Federal, prevista pelo art. 109 da CF, para a Justiça Militar ou Trabalhista, já que aqui temos ordem constitucional que não se afasta por atos negociados entre juízos.

Há, entretanto, a possibilidade de que uma questão de fato ou de direito seja conhecida por qualquer juízo, independentemente de sua competência absoluta, se isso se der de forma incidental. É o que acontece, por exemplo, quando um juiz federal aprecia uma questão de família, em ação previdenciária. Como nesses casos não há decisão, nada impede que um ato concertado estabeleça

que um único juízo conheça da questão incidental, comum em vários processos, para que em sequência cada juízo, individualmente, trate das decisões em suas respectivas competências absolutas.

De tudo o que consideramos nesse tema, fica a advertência de que nada de novo se afirma sem que a interpretação considere também a nova matriz hermenêutica, com a qual vamos construindo sentidos e possibilidades, para respostas processuais adequadas às diretrizes constitucionais. Sem isso, a cooperação judiciária nacional pouco fará para atualizar as dinâmicas por vezes medievais com que conduzimos a comunicação entre os órgãos jurisdicionais.

ATENÇÃO

Considerando a necessidade de cooperação entre os atores do Poder Judiciário, o CNJ publicou a Resolução 441, de 24 dezembro de 2021, que instituiu a Visão Global do Poder Judiciário, em caráter permanente, que se destina a magistrados brasileiros que tenham interesse em atuar em órgãos diversos do tribunal de origem, onde se encontra sua vinculação. Isso implica mudança temporária de lotação do magistrado, que seguirá auxiliando a unidade jurisdicional para o qual fora designado, em prejuízo da unidade inicial. Em termos práticos, essa resolução autoriza (?) que um magistrado, vinculado ao TJBA, passe seis meses atuando no TJSP, o que, em âmbito doutrinário, já é conhecido como o juiz itinerante. O disposto, em nossa opinião, padece de vício de constitucionalidade, mas deve ser considerado regular, até a devida e provocada manifestação judicial.

13.8.1.6 Cooperação internacional

A cooperação internacional é prevista entre os arts. 26 e 41 do CPC e regida por tratado do qual o Brasil faça parte, aplicando-se as regras da reciprocidade, manifestada por via diplomática quando inexistir tratados entre os países cooperantes.

A cooperação deve respeitar as garantias do devido processo legal do Estado requerente, promovendo igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil e a assistência judiciária aos necessitados. Com isso, asseguramos que a prática de atos, pela cooperação internacional, não viole normas fundamentais do Estado Brasileiro.

O Ministério da Justiça, segundo o art. 27 do CPC, exercerá as funções de autoridade central, se não houver designação específica, e a cooperação versará sobre: “I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II – colheita de provas e obtenção de informações; III – homologação e cumprimento de decisão; IV – concessão de medida judicial de urgência; V – assistência jurídica internacional; ou VI – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira”.

Os atos de cooperação dar-se-ão por (i) carta rogatória; (ii) homologação de sentença estrangeira; ou (iii) auxílio direto.

Segundo o art. 28 do CPC: “Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”. O juízo de delibação é uma análise restrita à legalidade do ato, que não avança para um exame de mérito. Basta saber, por exemplo, se foram cumpridos os requisitos formais.

Esse auxílio direto será ativo quando for o Brasil o país solicitante da prática do ato, por autoridade estrangeira; e passivo, quando for o Estado Estrangeiro a solicitar a prática de ato judicial sem caráter decisório ou ato administrativo, em território nacional. Na hipótese de haver necessidade de atividade jurisdicional, competirá ao juiz federal do lugar onde deva ser executada a medida apreciar o pedido de auxílio direto passivo.

Já a cooperação para a execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou de ação de homologação de

sentença, nos termos do art. 960 e ss. do CPC, e que são estudadas em capítulo próprio deste manual.

13.8.2 Comunicação entre o juízo e as partes

Trataremos agora dos atos de comunicação entre o juízo e as partes, que de modo geral, são regulados com um mínimo de formalidade, em prol da segurança jurídica. Há, entretanto, sobre todos eles, a possibilidade de incidência da instrumentalidade, que como referência democrática, construída no espaço público, viabiliza que, por outros meios, ainda que contrários à determinação legal, a comunicação se apresente como ato válido. Preserva-se, nesse caso, a finalidade da norma em detrimento da mera formalidade, por vezes estéril e contraproducente.

13.8.2.1 Citação

Por meio da citação são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Seguindo a proposta deste curso, passamos a considerar, neste momento, o processo de conhecimento.

O processo, conforme lições apresentadas no capítulo dos pressupostos processuais, se apresenta no plano de existência pelo exercício da demanda, vez que nesse caso já temos o esquema mínimo a sustentar uma relação jurídica: autor e Estado-juiz. A citação, entretanto, oferece à parte, em face de quem se pede a atuação do direito afirmado, a possibilidade de participar da formação da decisão judicial. Essa dinâmica, ao tempo que garante a incidência constitucional do contraditório, permite também que ao final se possa entregar ao jurisdicionado, por meio de um procedimento válido, uma decisão legítima.[210]

A citação deve ter como destinatário a pessoa do réu ou, eventualmente, seu representante legal ou procurador. Entretanto, algumas exceções se estabelecem para a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, e ainda, para as fundações de direito público, pois para essas pessoas, a citação é

realizada perante o órgão de Advocacia Pública que tenha responsabilidade pela representação. Ressalva ainda a legislação, pela redação do art. 242, § 1º, que na ausência do citando, a citação será feita na pessoa de seu mandatário, administrador, preposto ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados.

O ato de comunicação é formal, e observa exigências constitucionais e processuais. Assim, por exemplo, muito embora o art. 255 do CPC estabeleça que: “Nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar, em qualquer delas, citações, intimações, notificações, penhoras e quaisquer outros atos executivos”, tal comunicação, ainda que feita por oficial de justiça, não poderá desrespeitar o mandamento constitucional estabelecido à altura do art. 5º, XI, nos termos de que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Vedações procedimentais também se impõem perante a liberdade para a prática da citação. É o que estabelece o art. 244 do CPC, ao dispor que, salvo em casos excepcionais, para evitar o perecimento do direito, não se pratica o ato de comunicação: “a quem estiver participando de ato ou qualquer culto religioso; ao cônjuge, companheiro ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; aos noivos, nos três dias consequentes ao casamento; aos doentes, enquanto grave o seu estado”.

A impossibilidade, ou mesmo inexistência da citação, admite convalidação pelo comparecimento espontâneo do réu, em consonância com a regra do art. 239, § 1º, que informa: “O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução”. A alegação de nulidade, entretanto, continuará a demandar avaliação judicial, pois uma vez rejeitada, o réu será considerado revel.

13.8.2.1.1 Espécies de citação

As espécies de citação apresentadas neste curso adotam como referência a classificação normativa do Código de Processo Civil. São elas: real e ficta. A diferença elementar reside no fato de que a citação real se materializa com a certeza de ciência do réu, enquanto na citação ficta existe apenas uma presunção de comunicação.

A citação real se perfaz diretamente na pessoa do demandado, do representante legal ou de seu procurador, desde que este possua poderes para receber a citação. Pode ainda, por expressa disposição legal, efetivar-se em pessoa não diretamente ligada à pessoa do réu, como nos casos de citação de pessoa jurídica estrangeira. Nesse caso, o ato de comunicação pode se dar na pessoa do gerente de filial ou agência no Brasil. Considerando essa possibilidade, podemos arguir que a citação direta se faz na pessoa do demandado, enquanto a citação indireta, quando autorizada por lei ou convencionada pela outorga de poderes, ocorre em pessoa diversa daquela que se apresenta no polo passivo da relação processual. Registra-se ainda, no texto do CPC, que à exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, empresas públicas e privadas são obrigadas a manter, no sistema processual eletrônico, cadastros para que se viabilize a prática dos atos de comunicação entre o juízo e as partes. As citações e intimações, em decorrência da proposta do desenvolvimento da técnica aplicada ao procedimento, serão efetuadas, preferencialmente, por esse meio.

Como modalidades de citação real temos a citação pelo correio, a citação por oficial de justiça e, ainda, a citação por escrivão ou chefe de secretaria, quando houver comparecimento do citando em cartório, que em verdade ratifica a obtenção do resultado prático perseguido pela prática do ato de comunicação.

A modalidade operada pelo correio, que atualmente se coloca como regra para a prática do ato, permite que a correspondência seja encaminhada, por carta registrada, para qualquer comarca do país. Essa modalidade de citação não se aplica, entretanto, nas ações de Estado, quando o citado for incapaz; quando o citado

gozar de alguma prerrogativa que afaste essa modalidade, tal como acontece com as pessoas de direito público; quando a residência do citando não for atendida pelo serviço postal; e ainda, quando o demandante requerer outra forma de citação. Advirta-se, contudo, que a escolha não deve preterir uma modalidade real, em prol de citação ficta, quando aquela for possível, já que esse comportamento autoriza a incidência das penalidades previstas na legislação, a exemplo da multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo, para o requerimento injustificado da citação por edital, quando lhe for possível indicar a identidade e a residência do demandado.

Em decorrência da formalidade do ato citatório, estabelece o legislador, como requisito para sua validade, que a remessa da citação, uma vez deferida pelo magistrado, acompanhe o respectivo despacho, a identificação das partes, e cópia da petição inicial, com todas as suas especificações.[211] Deve também comunicar ao citando: a finalidade da citação, o prazo para contestar, sob pena de revelia, a cominação de sanções para o descumprimento, se o caso assim permitir, e o endereço do juízo e do cartório, além das demais exigências consubstanciadas no art. 250 do CPC/2015.

A carta registrada deve ser entregue ao citando pelo carteiro, com a exigência da assinatura. Se a residência, entretanto, apresentar algum controle de acesso, a exemplo dos condomínios edilícios, a citação poderá ser feita ao colaborador responsável pela portaria que tenha responsabilidade para o recebimento da correspondência. A disposição normativa, em verdade, institucionaliza uma prática frequente na dinâmica forense, e ressalva a possibilidade de recusa do recebimento pelo funcionário, se este declarar, por escrito, a ausência do destinatário.

A citação por oficial de justiça é modalidade de comunicação real, e serve, atualmente, de forma subsidiária diante da impossibilidade de citação pelo correio, ou nos casos em que há determinação legislativa. Nessa espécie, o oficial se dirige ao local indicado na exordial, acompanhado do respectivo mandado, a fim de encontrar o réu e efetivar a comunicação por intermédio da leitura e posterior entrega da contrafé.

Como primeira espécie de citação ficta, disposta no CPC à altura dos arts. 253 e 254, a citação por hora certa se apresenta como alternativa, diante da impossibilidade de citação real. É dizer: se a peculiaridade do caso não permitir, de imediato, a prática da citação real, feita pelo correio ou por oficial de justiça, disciplina o Código de Processo o procedimento para uma terceira modalidade de citação, que dessa vez trabalhará com a presunção da comunicação.

Ao que entendemos, a nova legislação preserva a referência do Código anterior e permanece exigindo dois requisitos para a prática da citação por hora certa: a ausência, que aqui se apresenta como perfil objetivo, e a intenção do demandado de furtar-se à citação. Esse último, de caráter subjetivo. O juízo sobre esses requisitos é atribuído ao oficial e, por essa razão, não se pode, já na inicial, requerer citação por oficial com a respectiva conversão direta em citação por hora certa. É dizer: se o caso concreto permitir a conjugação da ausência e da intenção de furtar-se à citação, o oficial deverá praticar o ato de comunicação. Assim, quando o oficial, por duas vezes, houver procurado o citando sem conseguir encontrá-lo, constatando que isso se faz pela intenção deliberada de frustrar a comunicação, deverá intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, o vizinho, de que retornará no dia útil subsequente, para promover a citação, desta vez, por hora certa.

A citação por hora certa se efetiva, ainda, quando o vizinho ou pessoa da família, intimado anteriormente, esteja ausente ou se recuse a receber o mandado. Uma vez promovida a citação, o réu deve, no prazo de dez dias, contados da juntada do mandado aos autos do processo, receber uma carta, telegrama, ou correspondência eletrônica, a fim de lhe dar ciência do ocorrido.

A citação por edital, também aqui classificada como espécie de citação ficta, de um modo geral, se justifica pela impossibilidade das citações anteriores. Assim, por exemplo, a ignorância de quem seja o demandado ou de seu endereço, ao tempo que elide a prática do ato de comunicação pelo correio ou por oficial, caracteriza a hipótese de incidência da citação por edital. Em outras situações, no entanto, essa espécie ou modalidade se apresenta como escolha do

legislador, como no caso da demanda de usucapião, com ressalva feita para a possibilidade da usucapião extrajudicial.

Os requisitos para a publicação do edital são descritos pelo art. 257 do CPC, e reclamam: a afirmação do autor diretamente nos autos ou por certidão oficial, de que a circunstância fática se enquadra nas hipóteses dessa modalidade de citação; a publicação do edital na rede mundial de computadores, por meio do sítio do respectivo tribunal e também na plataforma de editais oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça; que o magistrado determine uma dilação, entre 20 e 60 dias, cujo termo inicial será a data da única publicação ou, quando houver mais de uma, da primeira delas, a fim de que nesse período o réu possa tomar conhecimento dos termos da citação. A fim de não prejudicar o contraditório e a validade do procedimento, o CPC/2015 estabelece, à altura do art. 257, parágrafo único, que: “O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias”.

Por se tratar de modalidade ficta da citação, a presunção de comunicação pode não se afirmar ao final do procedimento e, por essa razão, ainda como requisito para a prática do ato, estabelece a lei uma necessária advertência de que a não apresentação de resposta, pelo réu, implicará nomeação de curador especial. Não se trata, como diz o texto, de garantir a nomeação apenas nos casos de revelia, pois isso se verifica pela ausência de uma resposta específica: a contestação. Se o demandado comparece, constitui advogado e apresenta outra modalidade de resposta, a presunção de alcance da finalidade da comunicação se desfaz pela certeza. Sendo assim, não se justifica mais a nomeação do curador especial, ainda que se constate a revelia.

Em decorrência da Lei 11.419/2006, que incluiu à época o inciso IV no art. 221 do CPC/1973, a prática da citação passou a ser admitida, ainda que tardiamente, por meio eletrônico. A legislação atual, em consequência do avanço tecnológico, admite como espécie de citação, no próprio texto, o meio eletrônico, que agora

passa a observar, dentro das regulamentações normativas, também as disposições contidas entre os arts. 193 e 199 do CPC/2015.

13.8.2.1.2 Efeitos da citação

Em função do quanto afirmado no estudo dos planos de existência, validade e eficácia dos atos processuais, ressaltando a independência entre eles, podemos melhor compreender que a citação válida, ainda quando determinada por juízo incompetente, produz efeitos materiais e processuais.

No plano material, podemos identificar: a mora do devedor solvente e a interrupção da prescrição. Já sob a vertente processual, apresentam-se: a litispendência para o réu (para o autor a litispendência se faz já com a propositura da demanda), e a litigiosidade do objeto.

O primeiro efeito material da citação é a **constituição do devedor em mora**. É importante perceber que nas obrigações cujo vencimento já ocorreu, pelo decurso do prazo estabelecido para o cumprimento, não há necessidade de interpelação ou notificação judicial. Outra hipótese, distinta, se verifica quando a obrigação não apresenta o termo final para o cumprimento. Sendo assim, a notificação ou interpelação extrajudicial será necessária para constituir a mora, admitindo-se ainda, por meio judicial, que se alcance o mesmo efeito, pela citação.

A **interrupção da prescrição** passa a adotar novos critérios com a promulgação do CPC/2015, pois em redação mais atual, afirma como seu fato gerador o despacho que ordena a citação. Os efeitos desse ato, todavia, retroagem à data de propositura da ação. Resta ainda evidenciar que sobre o autor incide a responsabilidade de adotar as providências para a prática do ato citatório no prazo de dez dias, sob pena de que a interrupção, ocorrida com o despacho inicial, não retroaja mais à data de propositura da demanda. O acerto da medida, ao que nos parece, se faz pelo cuidado do legislador em não responsabilizar a parte autora por eventual morosidade judicial. Não por outro motivo, esse efeito retroativo se

faz também nas hipóteses de decadência ou outros prazos extintivos.

A **litispendência** aqui se apresenta como efeito processual da citação válida, e, por decorrência da prevenção do juízo, pode implicar extinção do processo, caso uma ação idêntica seja posteriormente distribuída.

Outra consequência processual da citação válida é a **litigiosidade da coisa**, cujos efeitos podem ser exemplificados pela fraude à execução, nos termos do art. 792 do CPC.

Atente-se ainda para o fato de que a alienação da coisa ou do direito litigioso não altera a legitimidade das partes e, por essa razão, o adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, para suceder seu alienante ou cedente, sem que para isso consinta a parte contrária.

Não se pode encerrar esse tema sem considerar as alterações promovidas no CPC pela Lei 14.195/2021. O dispositivo decorre da Medida Provisória 1.040/2021, que originalmente não tratava de matéria processual, em acordo com as limitações constitucionais. Ocorre que, mesmo sem constar do texto original, no momento de sua conversão em lei, três pontos foram inseridos no código com a consequente alteração da dinâmica processual: (i) novas regras para a citação; (ii) esclarecimentos sobre a exibição de documento ou coisa; e, por fim, (iii) novas regras sobre a prescrição intercorrente. Cuidaremos agora da citação, pra evidenciar as alterações.

Começamos pelo art. 238, parágrafo único, do CPC, que prevê o prazo de quarenta e cinco dias a partir da propositura da ação para que se efetive a citação. Em seguida, seu art. 246, ao tratar da modalidade de citação, agora estabelece como regra o meio eletrônico para a prática do ato, no prazo de até dois dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário. A regulamentação desse cadastro, antes reservada ao Poder Legislativo, por absoluta inércia, é transferida para o Conselho Nacional de Justiça, mas já temos no texto algumas determinações importantes: (i) as empresas públicas e privadas

agora são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo eletrônico, para viabilizar a prática de citações e intimações; (ii) enviada a comunicação por *e-mail* e não sendo confirmada a sua efetiva realização, em até três dias úteis, a citação seguirá pela antiga via, sendo realizada pelo correio, oficial de justiça, escrivão ou chefe de secretaria, se houver comparecimento espontâneo do citando ou por edital.

A falta de confirmação do recebimento da citação eletrônica no prazo legal deverá ser justificada na primeira oportunidade que o citando tiver de falar nos autos, sob pena desse silêncio caracterizar ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% do valor da causa. Essa mesma disposição, advirta-se, é aplicada à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

Em síntese, podemos concluir que a regra passa a ser a citação eletrônica. Para as pessoas Jurídicas de Direito Público, que antes eram citadas por um portal específico, em acordo com a antiga Lei 11.419/2006, isso representa uma mudança. Para as pessoas jurídicas de direito privado, cujo cadastro para o recebimento de citações e intimações na forma eletrônica era voluntário, isso também representa uma mudança, já que agora todos deverão se cadastrar, nos termos do CNJ, que até o fechamento desta edição não havia resolvido a questão. Há uma ressalva: (i) as microempresas e empresas de pequeno porte antes não eram obrigadas a manter esse cadastro e, agora, somente se sujeitarão a essa exigência se não possuírem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de empresas e Negócios: Redesim. Para as pessoas físicas, não houve alteração, pois estas não são obrigadas a se cadastrar.

Sem prejuízo de tudo o que agora consta sobre a citação, nesta nova edição, é preciso alertar para os flagrantes vícios de inconstitucionalidade formal e material da referida lei, quer pela violação ao devido processo legislativo, quer por tratar de matéria processual em medida provisória. Sobre o tema, merece destaque a nota do IBDP,[212] que não somente alerta para a inconstitucionalidade

do dispositivo, mas também sugere sua não aplicação, pelo controle difuso de constitucionalidade, até que haja manifestação do STF em controle concentrado.

ATENÇÃO

Muito embora o processo já exista sem a citação, pela presença do autor e do Estado-juiz, por ela é possível completar a relação jurídica processual, estendendo seus efeitos para o réu. Na prática, isso significa dizer que a citação válida implica para o demandado: litispendência, litigiosidade do objeto, constituição da mora e, ainda, a impossibilidade de o autor alterar a demanda sem a anuência do réu.

13.8.2.2 Intimação

A intimação é ato de comunicação processual por meio do qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo. Diferentemente da citação, que se destina ao réu, a intimação pode ser dirigida a qualquer das partes, seus advogados, auxiliares da justiça ou mesmo a terceiros, para que adotem determinado comportamento ou tenham ciência dos termos processuais.

Em regra, a intimação é feita por meio eletrônico ou pela publicação no órgão oficial. Havendo patrono constituído nos autos, as partes são comunicadas por intermédio de seus advogados, que, em momento anterior, informaram o endereço onde se fazem presentes para receber as intimações de praxe.

Quando o destinatário for a União, Estado, Distrito Federal, Município ou suas respectivas autarquias de direito público, a exemplo do que é feito com a citação, a prática do ato será realizada perante a Advocacia Pública responsável pela representação.

Como formas de intimação previstas em lei, registram-se: a intimação por meio eletrônico; a intimação feita por órgão oficial; a intimação pelo correio; a intimação por mandado, aqui incluída a possibilidade de intimação por hora certa; e, ainda, a intimação por edital.

A determinação judicial das intimações, em processos pendentes, é feita de ofício, e, preferencialmente, vai observar o meio eletrônico. Não sendo essa a modalidade adotada, a comunicação será feita pela publicação no órgão oficial.

Se a localidade não permitir que a intimação seja feita por nenhuma das duas formas anteriores (eletrônica ou em órgão oficial), deverá o escrivão intimar pessoalmente os advogados de todos os atos processuais, caso residam na mesma comarca, ou, por carta registrada, se tiverem residência fora do juízo, em respeito aos limites da competência territorial.

Como requisito de validade desse ato, é indispensável que a publicação contemple os nomes completos das partes e dos advogados, com os números das respectivas inscrições na OAB.

ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL	
Citação	É o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.
Intimação	É o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.
Carta precatória	É ato de comunicação por meio do qual um juiz solicita a outro, de comarca distinta, o cumprimento de algum ato, para o andamento do processo.
Carta rogatória	É ato de comunicação entre Poderes Judiciários de países distintos, que se afirma por meio de convenções

	internacionais para viabilizar que diligências ocorram em solo estrangeiro.
Carta de ordem	É ato de comunicação entre juízos, em que o juízo superior determina a um juízo inferior a prática de um ato processual.
Carta arbitral	É ato de comunicação por meio do qual o árbitro solicita a cooperação do Poder Judiciário para praticar ou determinar o cumprimento de decisão, devendo ser instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

[204] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

[205] Adotando uma classificação mais restrita de atos instrutórios, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 244.

[206] Eis a redação do art. 203 do CPC/2015: “Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.

[207] Essas espécies, advirta-se, não contemplam todos os atos praticados pelo magistrado na relação processual, a exemplo da presidência de audiência e da inquirição de testemunha, que deixam de ser contempladas, nesse instante, por opção legislativa.

[208] Advirta-se que a atual redação do art. 203, § 4º, prevê como despachos de mero expediente aqueles atos que podem ao final ser praticados pelo escrivão, visando com isso a emprestar maior celeridade ao trâmite da relação processual.

[209] Ressalte-se, por oportuno, que o plantão judiciário garante o atendimento emergencial ao jurisdicionado, que poderá contar com juiz, promotor e defensor plantonista, para atender a causa mais urgente, todos os dias da semana.

[210] Advirta-se, no entanto, que a falta de citação nas hipóteses de indeferimento da inicial, estudadas adiante, não elide a comunicação processual do réu, que, por intermédio do escrivão ou do chefe de secretaria, será comunicado da existência de sentença de mérito definitiva, prolatada em seu favor, por corolário do indeferimento do pedido do autor.

[211] Essa exigência é afastada por procedimento especial e será comentada quando do estudo da matéria.

[212] Texto disponível em: <https://www.direitoprocessual.org.br/manifestacao-do-ibdp-sobre-a-lei-n-14195-de-26-de-agosto-de-2021.html>.



O sistema de invalidades processuais foi estruturado em atenção a sua natureza instrumental, de sorte que ao aplicador fosse possível sanar as irregularidades do ato ou do procedimento em benefício da atividade jurisdicional. Atento a essa peculiaridade, argui-se, com amparo nas irretocáveis lições de Calmon de Passos[213] que a invalidação de qualquer ato ou procedimento não se opera apenas por si, sendo necessária a decretação judicial para que cessem os efeitos do ato inválido.

O CPC/2015 reconhece três modalidades de sanção para o ato que tenha sido praticado em desacordo com as exigências da lei. São elas: a nulidade absoluta, a nulidade relativa e a anulabilidade.

A nulidade absoluta se aplica pela conjugação de dois fatores: a desconformidade do ato com norma cogente, e a previsão legal para que sobre ele incida a pena de nulidade. Esse tratamento mais severo se justifica pela preocupação jurídica de que normas previstas em prol do interesse público sejam observadas com maior atenção, o que autoriza o magistrado a reconhecê-la de ofício. Dentre as hipóteses de nulidade absoluta, destacam-se: as decisões proferidas por juízes impedidos ou desprovidas de fundamentação.

A nulidade relativa se traduz pela prática de ato ou procedimento que afronte norma cogente definida em atenção aos interesses privados, o que permite uma sanção menos severa, remetendo os

particulares à iniciativa de provocar o Poder Judiciário a emitir um pronunciamento e decretar a sua nulidade. Observe-se, ainda, que a nulidade relativa deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.

A anulabilidade, por sua vez, pode ser identificada como a sanção conferida a normas meramente dispositivas e direcionadas eminentemente aos interesses das partes, o que não permite a manifestação judicial sem a necessária e anterior provocação dos interessados.

Como se observa, a teoria das invalidades processuais não se enquadra nos parâmetros da teoria material, vez que ao considerar a natureza instrumental do processo, permite que mesmo a norma cogente, como aquelas estabelecidas pelo CPC/2015, possa admitir alguma violação sem que isso implique invalidação e comprometimento do ato processual. Assim, por exemplo, mesmo havendo determinação das espécies e dos procedimentos para a prática do ato citatório, nada impede que, por outra via, que não aquela estabelecida pelo legislador, o ato convalesça e possa produzir o efeito esperado. Essa, aliás, seria a situação decorrente do comparecimento espontâneo do réu, que mesmo sem ter sido notificado por qualquer meio legal, toma conhecimento da relação processual por vias outras, como o aviso informal de quem porventura trabalhe no cartório ou auxilie o juízo onde se tem instaurado o processo, pois ao saber disto e comparecer espontaneamente para estar ciente, o ato citatório, mesmo que praticado por via alternativa, terá alcançado a sua finalidade, será válido e poderá gozar dos efeitos legais.

Sobre o tema, dispõe o art. 239, § 1º, do CPC/2015: “O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução”.

Essa flexibilização, característica da teoria processual das nulidades, repita-se, não resguarda, para as partes, juízos de conveniência para a alegação do vício processual, vez que, ressalvadas as hipóteses em que o magistrado deve atuar de ofício no reconhecimento da invalidação, a nulidade deve ser arguida na

primeira oportunidade que a parte tiver para falar nos autos, sob pena de perder-se essa faculdade, pelo fenômeno da preclusão.

Anulado o ato, consideram-se sem efeito todos os atos subsequentes que dele dependam. Entretanto, havendo nulidade parcial, ela não prejudicará as partes que sejam independentes. Basta imaginar, por exemplo, que parte de uma audiência, relativa à oitiva de uma das testemunhas, ao ser anulada, não comprometerá o restante da instrução, já feita em regularidade e independência do ato viciado. De todo modo, ao pronunciar a nulidade, o juiz deve declarar quais atos serão atingidos e quais as providências necessárias para superação desse entrave processual. Na prática, isto pode implicar repetição de atos ou mesmo a sua dispensa, em acordo com a especificidade do caso concreto.

Adverte ainda a atual legislação que, quando for possível decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Feitas as considerações legislativas e doutrinárias acerca do tema, passamos à análise das bases dessa teoria processual das nulidades, que para o senso comum teórico, ampara-se no princípio da instrumentalidade das formas. Vejamos, então, algumas notas hermenêuticas sobre o tema.

A instrumentalidade das formas revela a necessária percepção de que o apego às exigências procedimentais não pode superar sua finalidade, pois essa postura poderia comprometer exatamente o direito que por meio do procedimento se quer proteger. Por isso, quando o procedimento ou o ato a ser realizado se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

Essa disposição pelo aproveitamento do ato processual, como se pôde registrar, também se aplica aos casos em que o juiz puder decidir em favor da parte supostamente beneficiada pela invalidação, que não poderá ser requerida por quem lhe deu causa.

A esta altura, pode-se afirmar que a teoria das nulidades sofre a influência direta dos princípios da instrumentalidade, boa-fé,

causalidade e primazia do mérito, justificando-se com isso a ideia de que não há nulidade sem prejuízo, nem invalidação que se opere de ofício.

No sentido do texto, Sidnei Amendoeira Junior, citando Calmon de Passos, afirma que:

> (...) verificada a inadequação do ato ao modelo legalmente previsto, o ato ainda não é, por si só, nulo. Para tanto, deve, como visto, ser decretada a nulidade. Se a imperfeição do ato for relevante, o juiz decretará a nulidade do ato, até então apenas imperfeito. A partir daí, sendo nulo e inválido, o ato faltará ao procedimento, e, faltando o ato, de duas uma: ou o juiz determina que o ato seja novamente praticado, sanando-se os efeitos de sua repercussão, ou chega à conclusão de que isso não é possível, caso em que temos a insanabilidade.[214]

De fato, esse apego exacerbado ao procedimentalismo, outrora justificado pela necessidade científica de afirmar a independência da seara processual, poderia colocar juízes como meros controladores das exigências de forma, em detrimento dos valores sociais que, sob a legislação vigente, não estavam contemplados pelo projeto constitucional ou pela redação do “atual” Código de Processo Civil, vez que, naquela quadra da história, articulavam-se coerentemente: uma carta constitucional ditatorial, uma ideologia liberal-individualista e a correlata ausência de faticidade nos textos jurídicos. Nesta época, aplicar com literalidade um procedimento ideologicamente construído por um positivismo normativo, comprometeria o anseio de uma sociedade que, para muito além de interpretações literais, de há muito reclama por respeito e dignidade.

A finalidade primordial da atividade jurisdicional de restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica e eliminar a crise de direito material, portanto, não se poderia alcançar somente pela aplicação direta do texto.

Sobre o tema, Bedaque vai dizer que:

> A existência do processo é justificada pelos escopos que ele visa a alcançar, não pela forma de que se revestem seus atos. A observância da técnica, portanto, representa exigência inafastável do sistema apenas se imprescindível à consecução dos objetivos buscados. A legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade, não na forma adotada para que tal efeito se produza.[215]

A instrumentalidade das formas, que no seu tempo contribuiu como importante veículo de adequação entre o texto e o anseio social, hoje deve ser compreendida pela ótica de um novo momento constitucional, pois, ao quanto aqui já se pôde afirmar, sentidos não são delimitados sem a influência do contexto histórico.

Sob esta perspectiva, é imperioso considerar que a reintrodução da faticidade, a adoção do referencial de isonomia material e a construção de um projeto constitucional firmado em regras e princípios, representam um novo horizonte para a atividade hermenêutica, com evidentes reflexos na percepção da instrumentalidade processual. Vejamos, pois, suas nuances mais evidentes.

De imediato, há que se considerar que regras e princípios não são articulados isoladamente, vez que as regras constitucionais e também as regras de procedimento hoje são concebidas à luz de um princípio ou de um valor, consagrado democraticamente no projeto social de 1988. Não se pode mais imaginar que regras processuais sejam previstas sem a influência dos valores sociais ou mesmo afirmar, em nosso tempo, que o procedimento se estabeleça em descompromisso dos direitos que pretende assegurar. Não se vive mais o momento liberal-individualista; ao revés, Direito e Moral, neste nosso Estado Democrático Constitucional são agora cooriginários.

Se isto é verdade, há que se entender que por trás de cada regra ou procedimento atua a referência histórica constitucional e, em função disto, pode-se afirmar que os valores desta atual sociedade, muitas vezes consagrados por princípios, atuam diretamente na

redação de cada texto, bem como na concepção de sua interpretação. É dizer: há sempre um princípio em cada regra, pois esta se concebe, interpreta e aplica por influência daquele.

Outra constatação: não há necessária hierarquia entre princípios e regras, vez que o critério adotado como elemento de percepção é semântico, de sorte que princípios apresentam maior vagueza e, em função disso, permitem um exercício hermenêutico mais amplo do que regras, pois estas, em função da maior densidade semântica, se prestam a regular diretamente o caso concreto. Em consequência disto, havendo conflito aparente entre regra e princípio de mesma ordem, defendemos, prevalece a regra, que já de início estabelece com maior especificidade a resposta adequada para o caso, sem os riscos de exercícios arbitrários na construção da norma, que aqui se apresenta como o resultado da interpretação.

Assim, violar a regra é violar reflexamente um princípio, e, deixar de aplicar o procedimento aprovado pela representação legítima do Poder Legislativo, a um só tempo compromete a democracia, causa insegurança jurídica e retoma discursos de instrumentalidade sem a correta percepção da atualidade.

> Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto – e aqui me permito invocar a “literalidade” do art. 212 do CPP –, estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).[216]

A falta de atualização hermenêutica, nesse ponto, compromete seriamente as conquistas do Estado Democrático, pois autoriza, em nome de um ideal de instrumentalidade já dissonante de nossa realidade, que regras sejam afastadas arbitrariamente em nome de princípios processuais.

Essa postura, pretensamente calcada em teorias de ponderação ou sopesamento, ainda hoje fundamenta decisionismos de toda ordem, com flagrante desrespeito à legitimidade, pois convicções pessoais, ao que entendemos, não se podem colocar acima do texto sem prejuízo da democracia.

ATENÇÃO

A anulação do ato torna sem efeito todos os atos subsequentes que dele dependam, entretanto, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes. Ao pronunciar a nulidade, deve o magistrado declarar, portanto, quais atos serão prejudicados, atuando para providenciar sua repetição ou retificação.

TEORIA DAS NULIDADES PROCESSUAIS
O sistema de invalidades processuais foi estruturado em atenção a sua natureza instrumental, de sorte que ao aplicador fosse possível sanar as irregularidades do ato ou do procedimento em benefício da atividade jurisdicional.
NULIDADE ABSOLUTA
Viola-se norma cogente, para a qual o legislador comina a pena de nulidade. A decretação da nulidade deve ser feita de ofício pelo magistrado.

A decretação não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.
Há presunção de que a inobservância da norma implica prejuízo para o processo.
Não há preclusão, e a parte pode alegá-la num segundo momento, se demonstrar legítimo impedimento. Uma vez encerrado o processo, poderá ainda ingressar com ação rescisória, no prazo legal.

NULIDADE RELATIVA

Viola-se norma cogente, para a qual não se comina a pena imediata de nulidade.
A decretação da nulidade pode ser requerida, mas deve considerar a existência de prejuízo para justificar a anulação do ato.
A decretação não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.
Há presunção relativa de que a inobservância da norma gera prejuízo. Afastando-se essa premissa, pode-se superar a nulidade e renovar ou ratificar o ato.
Há preclusão, devendo a parte prejudicada requerer a nulidade na primeira oportunidade de manifestação.

ANULABILIDADE

Viola-se norma dispositiva, estabelecida em prol de interesses particulares.
A decretação da anulação do ato deve ser requerida pela parte interessada.
A decretação não pode ser requerida por quem lhe deu causa.
Não há presunção de prejuízo para o processo.

Há preclusão, e a parte interessada deve se manifestar logo na primeira oportunidade.

SISTEMA COOPERATIVO – PRIMAZIA DO MÉRITO

O sistema processual cooperativo consagra uma série de normas fundamentais, para que o resultado final se dê sobre o mérito, de forma justa, rápida e efetiva. Perceba, por exemplo, que a primazia do mérito e o dever de correção atribuído ao magistrado, quer seja pelo art. 321 ou pelo 932, parágrafo único, do CPC, fortalecem a flexibilização da formalidade, sem com isso comprometer as garantias processuais.

APROVEITAMENTO DOS ATOS

Ao decretar a nulidade, o juiz deve sinalizar quais atos são atingidos, ordenando providências necessárias para a correlata repetição ou ratificação. Isso, entretanto, só se justifica se houve prejuízo para a parte.

[213] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[214] AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

[215] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 61.

[216] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ* – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: <http://www.univali.br/periódicos>.



15.1 CONCEITO

Prazo pode ser definido como a distância temporal entre dois fatos ou atos. Essa dilação temporal que medeia a prática dos atos processuais reclama do legislador o controle necessário para que a marcha procedimental não se veja refém de dilações desarrazoadas ou desproporcionais, pois o ideal de justiça a ser promovido por meio da atividade jurisdicional não pode conviver com a morosidade sem, com isso, prejudicar a esperança do homem.

Seu termo inicial, em respeito ao contraditório, ocorre com a comunicação da parte, o que hodiernamente se faz pela publicação/disponibilização da informação no *Diário da Justiça Eletrônico*, e, salvo disposição em contrário, exclui o dia do começo e inclui o do vencimento. Sobre a matéria, dispõe a legislação que a data da publicação será considerada no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *DJe*. A contagem do prazo, por sua vez, terá início no primeiro dia útil subsequente à publicação. Considera-se, no entanto, protraído o prazo até o primeiro dia útil, se o início ou o vencimento coincidirem com dia em que o expediente forense seja encerrado antes ou iniciado depois da hora normal, ou houver interrupção da comunicação eletrônica.

Em decorrência do primado da legalidade, assegura-se o respeito às regras estabelecidas previamente pelo novo diploma dos ritos, entretanto, inexistindo prazo legal, o juiz deverá fixá-lo, em acordo com a complexidade do ato. Neste ponto, ao quanto aqui já se pôde afirmar sobre a tradição jurídica e a superação da filosofia assujeitadora do indivíduo, entendemos que somente em situações excepcionais se poderão atribuir prazos subsidiários superiores ao já sedimentado lapso temporal de cinco dias, o que evidentemente se poderá fazer para mais ou para menos. A falta de determinação do prazo pela legislação ou de estipulação judicial só obrigará o comparecimento do intimado após o transcurso de quarenta e oito horas.

Feitas as considerações iniciais sobre a legalidade, a incidência do contraditório, a correlata necessidade de comunicação para a fluência do prazo, e ainda, a complementação judicial em casos de silêncio legislativo, devemos agora registrar que o capítulo da dinâmica forense, destinado à contagem de prazos para a prática dos atos processuais foi reescrito pelo CPC/2015, pois, rompendo com a tradição assentada no Código revogado, estabelece, nos dias atuais, uma nova forma para o cômputo do prazo processual.

Eis a redação empregada em seu art. 219: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. O mesmo regime, advirta-se, é aplicado aos Juizados Especiais, por força da Lei 13.728/2018.

Diante do texto podemos verificar, por exemplo, que não havendo nenhuma causa de excepcionalidade na contagem do prazo, o ato processual a ser praticado em quinze dias, nessa nova dinâmica, por somente considerar os dias úteis, equivalerá a três semanas.

Advirta-se, em função da oportunidade, que muito embora nossa tradição jurídica mensure os prazos em dias, o ordenamento também estabelece, ainda que com uma frequência menor, prazos firmados em horas e em anos.[217] Nessas hipóteses, o prazo será computado em dias corridos, tal como se fazia no Código de Processo anterior.

15.2 SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO

A suspensão dos prazos processuais permite ao demandante gozar do lapso temporal remanescente, uma vez que a retomada da contagem não irá desprezar o quanto já percorrido. Assim, se o prazo para a interposição de um recurso for de 15 dias, e em seu oitavo dia houver algum fator determinante da suspensão, a retomada da contagem irá entregar à parte apenas os sete dias restantes para a prática de interposição do recurso.

Atento aos justificados reclames da advocacia, o CPC/2015 suspende os prazos processuais entre o período de vinte de dezembro e vinte de janeiro, de modo que, durante esse período, não são realizadas audiências ou julgamentos por órgãos colegiados. As assim chamadas férias forenses, não se estendem a juízes, promotores, defensores públicos ou advogados públicos, nem se presta a contemplar os auxiliares da justiça, que, salvo as férias individuais e os feriados instituídos por lei, exercem normalmente suas atividades.

Outras hipóteses de suspensão dos prazos processuais são exemplificadas pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; pela convenção das partes; pela arguição de impedimento ou suspeição; pela admissão de IRDR; ou mesmo por motivo de força maior, sem prejuízo dos casos já regulados pelo Código.

A execução de programas de conciliação instituídos pelo Poder Judiciário, em respeito ao quanto estabelecido pela redação do art. 221, parágrafo único, do CPC/2015, suspende os prazos processuais, incumbindo aos tribunais especificar, com a necessária e devida antecedência, a duração da atividade.

A interrupção, por sua vez, provoca uma nova contagem, e não a mera continuidade do prazo. Em razão disto, se o ato tivesse que ser praticado dentro do lapso temporal de cinco dias e, no quarto dia, se causasse a interrupção, ao final, o prazo seria devolvido à parte com integralidade, de sorte que ela voltaria a gozar dos cinco dias para a prática do ato processual.

Registramos, ainda, que as partes podem renunciar aos prazos que lhes são conferidos pelo legislador para o seu exclusivo benefício. Pela mesma razão, podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatório, mas a convenção só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo, não se aplicando essa liberalidade para os prazos peremptórios.

A renúncia ao prazo estabelecido exclusivamente para a parte, embora não reclame anuência do *ex adverso*, deverá ser feita expressamente, em acordo com a determinação do art. 225 do novo diploma dos ritos.

15.3 CLASSIFICAÇÃO

Os prazos são tradicionalmente classificados como: peremptórios e dilatórios. Os prazos dilatórios hodiernamente se referem a interesses dispositivos, e por essa razão, podem ser alterados pelas partes, para mais ou para menos, sem maiores formalidades. Nesse sentido, registra-se a dilação do prazo, como objeto de convenções processuais.

Há, também, a possibilidade da ampliação, que nesse caso percorre apenas uma das vias de alteração prazal, com base no art. 139, VI, do CPC/2015. Nesse caso, a determinação legislativa se reporta ao magistrado, viabilizando a dilatação dos prazos processuais para com isso adequar o rito às especificidades da demanda.

Os atos peremptórios, em razão do interesse público, afastam a possibilidade de alteração por desejo dos sujeitos processuais ou por determinação judicial. Todavia, nada impede que o próprio legislador estenda o lapso temporal destinado à prática do ato processual. Exemplos dessa alteração se traduzem na entrega de prazos em dobro para a prática dos atos processuais, quando a parte for o Ministério Público ou mesmo a Fazenda.

Se o desenvolvimento da relação processual, no caso concreto, trouxer dificuldades, tais como o difícil transporte na seção ou

subseção judiciária, o juiz poderá prorrogar os prazos por até dois meses. Essa previsão se apresenta pelo *caput* do art. 222, sendo regulamentada em dois parágrafos: o primeiro deles, flexibiliza a impossibilidade de alteração, permitindo que mesmo prazos peremptórios sejam ampliados pelo magistrado, desde que as partes sejam ouvidas. O segundo permite que o limite inicialmente previsto no *caput*, de dois meses, seja excedido, diante de calamidade pública.

Em razão de uma interpretação sistemática, o que para essa hipótese considera todo o artigo (*caput* e parágrafos), entendemos que a ampliação de prazos peremptórios não se estabelece genericamente, vez que a exceção se apresenta articuladamente com o citado § 1º, em função do que acreditamos ser reflexo da peculiaridade do caso. Dito de maneira mais simples: é para a circunstância fática da dificuldade de transporte que se permite a ampliação de prazos peremptórios, desde que para tanto se garanta o exercício do contraditório. Para tanto, basta pensar que determinada comarca do interior reclame, pelo exercício da jurisdição, que uma das partes deva comparecer em um curto período para a prática de dois atos processuais. Diante da dificuldade de locomoção e à impossibilidade financeira de permanência na cidade, por exemplo, poderá o juiz ampliar prazos peremptórios, de sorte a viabilizar, por justo motivo, um andamento mais célere e adequado para o desenvolvimento do processo.

O lapso temporal para a prática dos atos judiciais está regulado pelo art. 226 do CPC/2015, que em seus incisos estabelece, respectivamente: cinco dias para os despachos, dez dias para as decisões interlocutórias e trinta dias para a sentença. Todavia, o artigo seguinte estabelece regra para possível prorrogação, ao dispor que, por motivo justificado, poderá o juiz exceder, por igual período, os prazos aos quais é submetido. Trata-se, infelizmente, de norma incompleta, vez que a incidência de penalidade ou sanção foi retirada do texto durante sua tramitação pelo Congresso Nacional.

ATENÇÃO

Em 6 de fevereiro de 2019, o STF ratificou seu entendimento de que o prazo em dobro para a Fazenda Pública recorrer não se aplica em processos objetivos, que se referem ao controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

[217] Sobre o tema, dispõe o art. 975 ser de dois anos o prazo para a propositura da demanda rescisória.



16.1 CONCEITO DE COGNIÇÃO

Pode-se definir, por cognição, a técnica empregada pelo julgador a fim de obter, mediante a análise dos fatos, alegações e provas produzidas no processo, uma resposta para o caso concreto. Trata-se de atividade comum a todas as espécies de processo, embora se apresente com mais frequência e extensão nos processos de conhecimento.

A cognição, enquanto técnica, é fundamental para o exercício da jurisdição, pois viabiliza a entrega de uma declaração sobre a existência, inexistência ou o modo de ser da relação jurídica afirmada em juízo.

Sobre o tema, em acordo com o entendimento majoritário na doutrina brasileira, Alexandre Câmara vai dizer que:

> Cognição é técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las. (...) A esta técnica de análise e valoração é que se dá o nome de cognição.[218]

Assumindo as consequências de um posicionamento minoritário, mas em sintonia com o que aqui já se afirmou sobre o horizonte hermenêutico, podemos arguir, que essa técnica cognitiva, em verdade, serve para considerar o objeto das interpretações a serem produzidas durante a relação processual. Com linhas mais simples: o valor emprestado pelo magistrado não se alcança por técnicas, pois de há muito superamos essa ideia do método para o alcance da verdade.

Por tudo o quanto aqui já escreveu sobre os efeitos da virada ontológico-linguística e sua influência sobre a hermenêutica jurídica, não se pode mais imaginar que a compreensão, interpretação e aplicação ou declaração da existência ou inexistência de determinado direito se processe em etapas, vez que isto desconsidera mais de cinquenta anos de pensamento filosófico.

A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.[219]

De fato, a compreensão, a interpretação e mesmo a aplicação se prestam no mesmo momento e sob a influência da tradição, que, neste caso, adota como referência hermenêutica as diretrizes constitucionais. Assim, a cognição, enquanto técnica, se presta para a concatenação do que se pode conhecer na relação processual, mas isto em nada se reporta a uma suposta liberdade para a atribuição de sentidos ou para considerações solipsistas.

Feitas as necessárias considerações hermenêuticas, retomamos o estudo da cognição, que, para a maior parte da doutrina brasileira, ainda se afirma como técnica, para identificarmos seu objeto.

16.2 OBJETO DA COGNIÇÃO JUDICIAL

Sem pretensões de unanimidade, entendemos que a cognição apresenta um trinômio de questões a serem consideradas: questões preliminares, questões prejudiciais e mérito. Todas elas são

organizadas de maneira concatenada, a fim de viabilizar uma ordem lógica de apreciação.

As questões preliminares são avaliadas pelo juízo de admissibilidade do processo, enquanto as duas últimas correspondem ao juízo sobre a pretensão deduzida, feito diretamente sobre o mérito (pedido), ou indiretamente, sobre questões que exerçam influência em seu julgamento. Vejamos então suas especificidades.

A preliminar é um antecedente lógico, com possibilidade de impedir o exame de mérito do processo. Assim, por exemplo, a desatenção para com os pressupostos processuais, dentre outras hipóteses alocadas no art. 337 do CPC/2015, implica extinção da relação jurídica processual, sem que se possa resolver o mérito – sem que se possa, portanto, obter pronunciamento sobre a pretensão deduzida em juízo.

Necessário, no entanto, advertirmos nosso leitor para o fato de que dentre as preliminares elencadas no citado art. 337, a incompetência absoluta e a conexão não acarretam a extinção do processo, mas sim a remessa para outro juízo competente. Por esse motivo, é comum que sejam consideradas preliminares impróprias ou dilatórias.

Vencidas as questões preliminares – e com isso já temos a possibilidade de apreciação do mérito –, passamos ao estudo da questão prejudicial.

Uma questão prejudicial se traduz pela influência direta a ser exercida no julgamento do mérito e, por isso, deve ser apreciada em momento anterior. Sua relação com o julgamento do mérito é tão direta que poderia mesmo autorizar uma demanda autônoma, o que justifica sua inclusão dentre os objetos da cognição. Exemplo tradicionalmente apresentado pela doutrina para ilustrar isso se identifica na ação de alimentos, em que o autor se limita a pleitear em juízo a condenação do réu no pagamento da pensão alimentícia sem, no entanto, deduzir conjuntamente, nessa demanda, o reconhecimento da relação de parentesco.

Assim, uma vez contestada a demanda de alimentos, deverá o juiz, antes de se pronunciar sobre o mérito, avaliar a existência ou

inexistência do vínculo, vez que isso servirá de fundamento para possível condenação ao pagamento da pensão. Observe-se ainda, que muito embora o magistrado conheça da questão prejudicial, e a considere na entrega da norma para o caso concreto, não há sobre a questão prejudicial qualquer julgamento.

A questão prejudicial pode ser interna, quando apresentada na própria relação jurídica processual em que o mérito é deduzido, ou externa, quando a apreciação ocorre em processo outro. Pode ainda ser homogênea ou heterogênea, a depender das especificidades da causa. Será homogênea quando tratar do mesmo ramo jurídico, a exemplo das demandas de reconhecimento de paternidade e alimentos, ou heterogênea, quando a questão prejudicial contemplar ramo distinto, como as demandas penais.

Inovando nessa matéria, dispõe o CPC/2015:

> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
> I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;
> II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
> III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
> § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Em termos práticos, isso viabiliza que o juiz amplie o objeto do processo, decidindo não somente sobre o mérito, mas também sobre uma questão prejudicial, ainda que sobre essa questão nenhuma das partes tenha deduzido pretensão. Para tanto, faz-se necessário observar a relação de dependência entre a prejudicial e o julgamento, o efetivo contraditório sobre a matéria, a não

ocorrência da revelia e, ainda, a competência do juízo para julgar, em razão da matéria, a questão prejudicial como questão principal.

Em decorrência dessas exigências, deve-se concluir pela impossibilidade do julgamento da questão prejudicial em processos com restrições sobre a cognição que impeçam um aprofundamento na análise do caso concreto.

Vencidas as questões preliminares e as prejudiciais, resta como objeto da cognição o mérito da causa. Ao final desse procedimento, concluímos que o objeto da cognição é mais amplo do que o objeto do processo (mérito), pois embora a atividade cognitiva contemple questões preliminares, questões prejudiciais e também o pedido deduzido em juízo, somente esse último se identifica como objeto do processo, e por isso, pode encontrar na jurisdição uma resposta.

Convém ainda observar que, enquanto as questões sobre a admissibilidade do processo, estudadas no capítulo dedicado aos pressupostos processuais, são avaliadas antes da análise do mérito, as questões prejudiciais, mesmo avaliadas em momento anterior, não se confundem com os requisitos de validade, vez que não se traduzem em exigências de regularidade, mas, como de certa forma influenciam o juízo sobre o pedido formulado na demanda, devem, por esse motivo, ser apreciadas em momento anterior.

Feitas as considerações sobre o conceito e o objeto da cognição, passamos agora ao estudo de suas espécies. Todas elas, em acordo com a melhor doutrina brasileira, devem ser percebidas no plano da extensão e da profundidade que, neste ponto, são reproduzidas em função de seu apelo didático.

OBJETO DA COGNIÇÃO		
Questão preliminar	**Questão prejudicial**	**Mérito**
– Analisada antes do mérito;	– Analisada antes do mérito;	– Pedido deduzido; – Pedido implícito.

– Pode impedir o exame do mérito; – Exemplo: coisa julgada; – Destaque: art. 337 do CPC.	– Pode influenciar o exame do mérito; – Exemplo: paternidade numa ação de alimentos; – Destaque: art. 503 do CPC.	Exemplo: indenização por danos morais (deduzido), e condenação em honorários advocatícios (implícito); – Destaque: arts. 322-325 do CPC.

16.3 ESPÉCIES DE COGNIÇÃO JUDICIAL

No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada. Com isso, classifica-se a técnica disposta para a apreciação dos fatos e das alegações, em razão de sua extensão. Será limitada, quando a dinâmica da relação processual não viabilizar todo e qualquer meio de prova ou limitar as possibilidades de alegações.

Veja-se, por exemplo, que em processo no qual se discute a retomada da posse de determinado imóvel, o demandante não poderá arguir propriedade. Mais comum, no entanto, em função da própria atividade jurisdicional, é que a cognição seja ampla, permitindo com isso o conhecimento de todos os seus objetos.

No plano vertical, a cognição se presta para análise de seus objetos, com maior ou menor grau de profundidade. São elas: exauriente, sumária e sumaríssima.

A cognição exauriente se pauta pela força do contraditório efetivo e por ampla dilação probatória, de sorte que ao final da instrução se possa entregar às partes decisão mais robusta, consolidada pela certeza jurídica e, portanto, apta a se tornar imutável e indiscutível. Essa cognição é frequentemente utilizada nos módulos de conhecimento, em que a relação jurídica processual se conduz preponderantemente pela atividade probatória.

Em função de poder considerar todos os seus objetos (preliminares, prejudiciais e mérito), e de sobre eles se permitir uma instrução com ampla incidência do contraditório, a decisão final tem aptidão para resolver a questão de forma definitiva, de sorte a impedir que novo processo seja instaurado com a mesma pretensão.

A segunda espécie de cognição, que sob a ótica da profundidade se convencionou chamar de cognição sumária, trabalha com um juízo de probabilidade, pois permite que decisões sejam adotadas antes da certificação do direito afirmado. Assim, por exemplo, aquele que deduz em juízo pretensão para conseguir internação a fim de preservar seu direito à vida, ameaçado pela recusa de determinado plano de saúde, ao demonstrar o contrato e os exames clínicos a indicar a urgência do procedimento cirúrgico, pode ter, do Estado-juiz, já em função da isonomia material, tratamento processual diferenciado, permitindo que a demonstração da probabilidade da titularidade do direito afirmado autorize a entrega de decisão judicial, que, neste caso, obviamente considera também a impossibilidade de se reparar os danos eventualmente sofridos pelo demandante em razão de uma instrução, que a ser entregue pelos moldes convencionais, será exauriente, lenta e em total desacordo com a peculiaridade do caso concreto.

Para tanto, é imperioso demonstrar a probabilidade, o que reclama, para o demandante, atenção para com as exigências legais. Não basta, pois, a mera alegação da titularidade do direito afirmado, pois isto já se encontra convencionalmente no exercício do poder constitucional de ação. Deve-se observar a existência de fortes indícios a justificar o emprego de uma cognição diferenciada. Esse pronunciamento, no entanto, ainda que adequado para preservar situações pautadas pela probabilidade, não goza da imutabilidade, o que só se permite com o emprego de cognição exauriente e pautada em certeza jurídica.

Sem pretensões de generalidade, pois aqui não desconsideramos as decisões parciais de mérito, pode-se afirmar que hodiernamente, quando a decisão mais robusta da relação jurídica processual se pauta pela certeza jurídica, em cognição

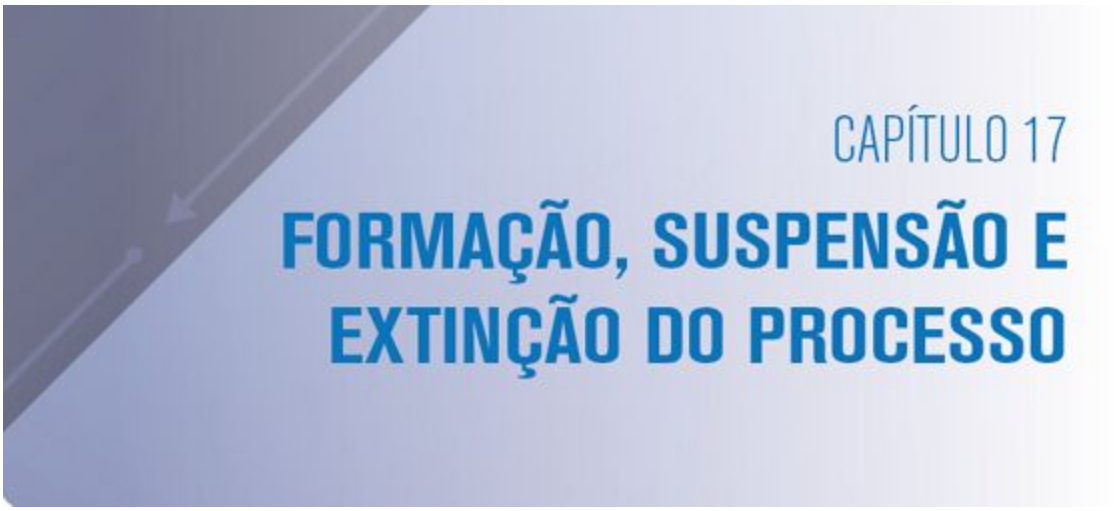
exauriente, tal como ocorre nas sentenças prolatadas em processos de conhecimento, as decisões interlocutórias, em especial aquelas que são entregues no início do processo, em função de se anteciparem à instrução, amparam-se pela cognição sumária, vez que proferidas com base em probabilidade.

Resta tratar da cognição sumaríssima. Esta espécie de cognição permite a análise superficial das alegações e fatos trazidos ao processo. Em função disso, temos decisões firmadas em mera possibilidade, que, pela fragilidade da convicção, também não se submetem à imutabilidade. Como exemplo de decisão proferida com estribo na verossimilhança ou superficialidade, podemos citar a decisão judicial interlocutória que já no início do processo, e somente com base nas alegações do autor, concede-lhe o benefício da gratuidade.

Ao final, em respeito às peculiaridades do direito material afirmado em juízo por intermédio da demanda, pode se articular mais de uma modalidade de cognição no mesmo processo. Por isso, temos cognição plena e sumária, limitada e exauriente, dentre outras.

[218] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I.

[219] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 406.



17.1 FORMAÇÃO DO PROCESSO

A formação da relação jurídica processual, em respeito ao princípio da inércia, tem início com o exercício do poder constitucional de ação, desenvolvendo-se em seguida por impulso oficial. Recorde-se aqui, que a presença da demanda é pressuposto processual, afetando, assim, o seu plano de existência.

Dentro da perspectiva adotada para a compreensão do processo enquanto relação jurídica, pode-se afirmar que sua existência reclama ao menos dois sujeitos, o que já se verifica no momento em que a demanda é deduzida em juízo, contra o Estado, para o exercício da função jurisdicional.[220]

Não por outra razão, estabelece o CPC/2015 em seu art. 485, I, que o processo se extingue (só se extingue o que já existe), pelo indeferimento da inicial. E isto, com tranquilidade, pode ser feito sem a prática do ato citatório, pois a concepção de existência do processo se afirma já entre demandante e Poder Judiciário.

Estabelecida essa premissa para o início da relação processual, qual seja, o exercício do poder constitucional de ação, devemos agora considerar qual o momento de sua propositura.

Haverá propositura da demanda com o protocolo da petição inicial, nos termos do art. 312. Com isso, para o autor, o juízo já se

torna prevento, já se pode falar em litispendência e a coisa já será litigiosa. Para o réu, entretanto, tais efeitos somente se produzem após a citação válida, conforme o art. 240 do CPC, que lhe impõe também a constituição da mora, caso seja solvente.

Uma vez proposta a demanda, recorde-se, temos a incidência imediata do princípio da perpetuação da jurisdição. Em função disto, futuras alterações de fato, em regra, serão irrelevantes para o exercício da jurisdição, que continuará observando os critérios preestabelecidos para a identificação dos órgãos competentes, ainda que essa já não seja mais da vontade das partes.

Ao quanto aqui já se pôde arguir sobre os pressupostos e requisitos processuais, entendemos que a citação não se estabelece como pressuposto. Sobre a matéria, eis a redação empregada pelo art. 239 do CPC/2015: “Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido”.

Pelo exposto, já se pode afirmar que a citação, nessa nova ordem processual, apresenta um caráter misto. Identifica-se como requisito de validade indispensável para a maioria das relações jurídicas, servindo como marco de regularidade para os atos posteriores; e se afirma como condição, afetando o plano de eficácia sobre decisões proferidas sem a devida integração da relação jurídica processual, quando a hipótese tratar do litisconsórcio necessário e simples, e pode mesmo ser dispensada, sem que isso implique qualquer vício ou irregularidade, nas hipóteses de indeferimento da exordial ou de improcedência liminar do pedido.

17.2 ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

O exercício da função jurisdicional requer a estabilidade da demanda, vez que as partes envolvidas, para legitimamente se submeterem aos efeitos da decisão, devem minimamente participar em contraditório da relação processual. Não há como se justificar a viabilidade de decisões entregues para influenciar diretamente a

vida de quem sequer teve a possibilidade de participação. Pelo mesmo motivo, necessário também se faz delimitar e estabilizar o pedido e a causa de pedir, vez que em função dos princípios da inércia e da congruência, o Estado deve se manifestar apenas sobre a pretensão deduzida em juízo. Observa-se, com algum grau de coerência, que decisões judiciais não devem ser entregues sobre pretensões não deduzidas, pois dessa forma teríamos manifestações sobre o que não fora objeto de instrução ou contraditório. Eis o motivo de estabilizarmos os elementos da demanda: partes, pedido e causa de pedir.

Sobre o tema, dispõe o art. 329, I, do CPC/2015 que, até a prática do ato citatório, o autor pode alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu. Ocorrida a citação, em acordo com o art. 329, II, somente se poderá promover a alteração dos elementos objetivos da demanda, com a anuência do réu, assegurando o contraditório mediante a possibilidade de manifestação no prazo mínimo de quinze dias. Após o saneamento do processo, não será permitida qualquer modificação.

As razões da estabilização se justificam, pois a alteração não poderá ser feita sem franca incidência do contraditório, o que se verifica pela concessão de prazo mínimo para a manifestação, e, ainda, a necessária garantia de produção probatória acerca dessa nova pretensão. Ao que tudo indica, a flexibilização se alcança pela economia processual, mas sem com isso comprometer as garantias constitucionais do processo.

17.3 SUSPENSÃO DO PROCESSO

A suspensão (sobrestamento) do processo pode ser definida como o período em que é proibida a prática dos atos processuais, excepcionando-se apenas os que forem reputados urgentes. A exceção se justifica apenas para viabilizar a preservação do direito ou para que se possa evitar a ocorrência de dano irreparável para as partes. Nesse rol se inclui, por exemplo, o ato de citação para elidir prescrição ou decadência.[221] Essas regras processuais,

advirta-se, incidem tanto no processo de conhecimento como no processo de execução.

As causas de suspensão estão previstas inicialmente pelo art. 313 do novo diploma processual, e mesmo sem que a redação lhes atribua caráter exaustivo, nesse dispositivo se concentram as principais hipóteses.

A primeira causa de suspensão do processo trata da morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador. Nesses casos, a legislação determina que se proceda à habilitação nos autos do processo principal, na instância em que estiver suspendendo-o, a partir desse momento.

No que toca à morte de qualquer das partes, deve-se observar que a natureza do direito afirmado em juízo traz consequências diretas para a seara processual, pois, diante de sua intransmissibilidade, em vez da suspensão, teremos uma possível causa de extinção do processo, se a relação jurídica processual não for recuperada no prazo designado. Nesse sentido, se nenhuma ação de habilitação for ajuizada, o magistrado, ao tomar conhecimento do fato, determinará a suspensão do processo, para a adoção das seguintes medidas: havendo suspensão do processo por morte do réu, a paralisação não se submete à prévia limitação temporal, mas deve ser fixada entre o mínimo de dois meses e o máximo de seis meses. Durante esse lapso temporal, deverá o autor promover a citação do respectivo espólio, do sucessor ou, se for o caso, dos seus herdeiros. Se a suspensão decorrer da morte do demandante, deve-se avaliar a natureza do direito discutido. Sendo transmissível, o juiz determinará a intimação de seu espólio, de seu sucessor ou mesmo de seus herdeiros, se o caso permitir, pela via casuisticamente mais adequada, a fim de que se estabeleça uma possibilidade de manifestação dos interessados, acerca da habilitação, sob pena de extinção do processo.

Já com relação à perda da capacidade processual do advogado, que como visto anteriormente exerce papel de relevância constitucional para a administração da justiça, congregam-se inúmeras causas, tais como a aprovação em concurso, nomeação

em cargo incompatível com a advocacia, dentre outros. Em qualquer dessas hipóteses, deve-se fazer a prova do fato, não bastando para tanto meros indícios de morte ou perda da capacidade postulatória. A suspensão do processo pela morte do advogado se aplica, mesmo quando já iniciada a audiência de instrução e julgamento, uma vez que sua presença garante a representação das partes e, ainda, a capacidade para a prática dos atos postulatórios, possivelmente deduzidos em audiência. Observa-se, ainda, que o art. 313, § 3º, estabelece prazo de quinze dias para a constituição de novo mandatário. Decorrido o prazo legal sem que novo patrono seja constituído para a causa, a relação jurídica processual deve ser extinta, vez que não se pode sanar a ausência do requisito da capacidade postulatória, que, como vimos, afeta a regularidade do processo em seu plano de validade.

A segunda hipótese de suspensão decorre da convenção das partes, que podem conjuntamente atuar pela paralisação da marcha processual por prazo de até seis meses. Essa modalidade de suspensão convencional, na prática forense, muitas vezes denota certa atuação estratégica dos advogados, que, percebendo a possibilidade do consenso, provocam a suspensão para acertar os detalhes do acordo. Findo o prazo pleiteado em juízo pelas partes para a suspensão ou decorrido o lapso temporal de seis meses, o processo retomará o curso dos atos processuais para o exercício da função jurisdicional.

A terceira hipótese de suspensão decorre da arguição de impedimento ou suspeição. Suas diretrizes estão estabelecidas nos arts. 144 e 145 do CPC/2015, e serão estudadas neste curso, no capítulo dedicado às respostas do réu. Deve-se apenas observar, já agora, que o oferecimento dessas exceções processuais, embora provoque a suspensão do processo, tem simultaneamente o prosseguimento de seu procedimento (o da exceção), para que se apurem os riscos de a decisão ser proferida por juiz suspeito ou impedido. Com linhas mais simples, pode-se afirmar que o procedimento principal ficará suspenso, enquanto o procedimento incidente seguirá para apuração, o que traduz, de certa forma, uma modalidade de suspensão imprópria.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é, dentre as marcantes inovações do ordenamento processual, uma das causas de suspensão mencionadas pelo inciso IV do art. 313, e, em razão de sua especificidade, será tratado em outro momento deste curso.

Quinta hipótese ventilada no art. 313 do CPC, a prejudicialidade da causa se apresenta em duas hipóteses: quando a sentença depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente, ou, quando tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo.

Exemplo didático dessa prejudicialidade de causas se percebe quando um mesmo fato produz efeitos nas esferas cível e criminal. Para tanto, basta pensar em ação civil indenizatória decorrente de homicídio. Nesse caso, teremos o que se convencionou chamar de suspensão heterogênea, vez que a questão prejudicial passa a ser apreciada por outro ramo que não o da demanda originária. Acerca da matéria, o legislador estabelece que, se a ação penal não for proposta no prazo de três meses, com termo inicial contado da intimação do ato de suspensão do processo, cessam os seus efeitos, devendo o magistrado, nesse caso, exercer cognição sobre a questão prévia, de forma incidental. Se, entretanto, a ação penal tiver sido proposta, observar-se-á o prazo máximo de um ano de suspensão, para que, ao final, exerça o juiz o citado juízo incidente sobre a questão.

Pode-se também encontrar causas de suspensões homogêneas, quando as demandas originárias e também as prejudiciais pertencerem ao mesmo ramo da ciência do direito. É o que acontece em processos instaurados para o pagamento de pensão alimentícia pautada na paternidade, em que se argui a existência de demanda outra, destinada a negar a existência da ascensão genética.

A segunda causa de suspensão, pautada no inciso V do art. 313, traduz situações em que a instrução do processo demandou a prática de atos processuais de comunicação com outros juízos, por intermédio de cartas precatórias, rogatórias ou de ordem. Tal

situação se caracteriza, por exemplo, pela necessidade de oitiva de uma testemunha que resida fora dos limites territoriais do órgão competente para o julgamento da demanda. Em função da competência territorial, deverá o juízo competente (deprecante) expedir uma carta precatória a fim de que a testemunha possa ser ouvida no juízo competente para atuar na área territorial de seu domicílio (deprecado).

A expedição da carta pelo juízo deprecante deve vir acompanhada da fixação de prazo para o cumprimento da diligência. Esse, portanto será o prazo de suspensão do processo. Assim, se o magistrado que determinou a expedição da carta tiver estabelecido para seu cumprimento o lapso temporal de vinte dias, entendemos que o processo ficará suspenso exatamente durante o prazo estabelecido, que nesse caso, se traduz em vinte dias, tenha ou não cumprido a diligência. A dilação dessa suspensão só se justifica se o juízo deprecado demonstrar a impossibilidade dentro dos limites estabelecidos, e deverá fazê-lo em despacho fundamentado, não bastando para tanto a mera alegação de exiguidade do prazo.

Essa causa de suspensão, em acordo com a nova legislação, não poderá perdurar por mais de um ano, de sorte a não prejudicar a instrução ou mesmo inviabilizar a entrega da prestação jurisdicional. Atento a essa nova compreensão da celeridade e da adequada prestação jurisdicional, estabelece o legislador que carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória podem ser expedidas por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei.

Em seguida, estabelece o inciso VI do art. 313, como causa de suspensão, a ocorrência de força maior, que, sob a ótica do Código Civil, em seu art. 393, é definida como o “fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir”.

Tal expressão, que sob as intempéries da vida se presta a contemplar casos insuperáveis e alheios à vontade da parte, pode impedir a prática dos atos processuais e, em função disso, está prevista nessa seção. Como exemplos de força maior, se apresentam os fenômenos naturais como tempestades, greve de

servidores, grave insegurança pública, e casos outros, em que as consequências do fato impeçam a prática regular dos atos processuais.

Outra causa de suspensão prevista no art. 313, VII, trata de causas decorrentes de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo.

O inciso VIII faz referência aos demais casos regulados pelo Código de Processo, a exemplo da desconsideração da personalidade jurídica, hoje regulada pelo art. 134, § 3º, do CPC/2015.

Não se pode encerrar este estudo sem mencionar duas alterações importantes, introduzidas pela Lei 13.363/2016. São elas: a suspensão do processo por 30 dias, a contar do parto ou da concessão da adoção – quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa –, desde que para isso se apresentem documentos comprobatórios, que o cliente seja notificado, e, ainda, que não exista nenhum outro advogado responsável atuando nesse polo da relação processual. Com isso, empresta o legislador tratamento constitucional à mulher advogada, que, atuando em nome próprio ou sendo a única advogada a atuar em nome da parte, tem assegurada uma legítima suspensão do processo (art. 313, IX).

Por força do mesmo dispositivo legal, o advogado que atue como único patrono da parte gozará de merecida causa de suspensão do processo, por oito dias, a contar do parto ou da concessão da adoção, desde que comprovados documentalmente (art. 313, X).

17.4 EXTINÇÃO DO PROCESSO

A extinção do processo é regulada pelos arts. 316 e 317 do CPC/2015. A legislação afirma, sem nenhuma ressalva, que esse momento dar-se-á por sentença. Os erros da interpretação literal, nesse caso, são graves, e por essa razão, faz-se necessária uma correção.

De início, observamos que a sentença, enquanto pronunciamento judicial, tem seu conceito estabelecido pelo art. 203 do CPC/2015. Por lá, afirma-se a ideia de que essa decisão, ao revés de extinguir o processo, enquanto relação jurídica, encerra apenas o procedimento cognitivo ou a execução, com ressalvas feitas apenas aos procedimentos especiais. Esse conceito, advirta-se, decorre do direito positivo e, por essa razão, não se reproduz com uniformidade em outros ordenamentos jurídicos, ou mesmo, no cenário nacional.

Sem desconsiderar o avanço na técnica com que hoje identificamos a sentença, devemos considerar ainda dois aspectos de ordem acadêmica. O primeiro deles informa que o exaurimento da atividade cognitiva ou do processo de execução refere-se apenas ao exercício da jurisdição de primeiro grau, sem com isso elidir a continuidade do processo na seara recursal. O segundo denota que, por vezes, a própria sentença encerrará a atividade jurisdicional, sem que a efetivação do direito demande mais qualquer ato jurisdicional. Explique-se: se a sentença se presta à mera declaração sobre a existência, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, esse pronunciamento, por si, resolve a pretensão deduzida em juízo, sendo desnecessário, em primeira instância, praticar outros atos no processo. O mesmo se dá com sentenças constitutivas que versem sobre direitos potestativos, pois como esses não admitem violação, a execução forçada perderia sentido.

Feitas essas considerações, nos parece mais adequado considerar que a sentença põe termo a uma fase do processo, compreendida em primeira instância com um módulo processual. Por módulo processual, lemos o binômio: procedimento e contraditório. Assim, seja na primeira fase do processo sincrético, que começa com a inicial e termina com a formação do título executivo judicial, seja na segunda fase, instaurada para dar cumprimento à decisão, emprestando-lhe efetividade, quando não houver cumprimento voluntário, ou ainda, em processo autônomo de execução, teremos sempre, ao final, uma sentença.

Feitas essas considerações, podemos afirmar que a sentença será capaz de extinguir o processo, cognitivo ou executivo, se não sofrer ataque de nenhum recurso ou exercício do duplo grau de jurisdição, pois nesse caso, o binômio processual (procedimento + contraditório) termina em primeira instância.

Dito isso, vejamos agora as hipóteses em que a lei autoriza ao magistrado extinguir o processo sem resolução do mérito, com o que se convencionou chamar de sentenças terminativas ou processuais, cuja base legal se apresenta pelo art. 485 do CPC/2015.

A extinção do processo sem resolução do mérito, em regra, não impede que a demanda seja proposta “novamente”, pois o pronunciamento judicial, nesses casos, torna-se definitivo no processo em que foi proferido, mas não impede que nova ação reclame do Judiciário uma segunda resposta, vez que a primeira não tratou do pedido. A ressalva é feita pelas hipóteses mencionadas nos incisos I, IV, VI e VII, já que, em todas elas, o exercício do poder de ação pressupõe a correção do vício que anteriormente deu causa à extinção.

A primeira possibilidade de extinção trata do indeferimento da inicial, cujas causas são ventiladas pelo art. 330. Em todas elas, admite-se decisão judicial liminar, o que significa dizer que o pronunciamento se deu antes da resposta do réu.

A segunda causa de extinção decorre da negligência das partes, caracterizada, nesse caso, pela paralisação do processo em prazo igual ou superior a um ano. Muito embora a extinção, nesse caso, admita o pronunciamento de ofício, em decorrência da primazia do mérito e do contraditório, o magistrado deverá previamente intimar as partes para manifestação, no prazo de cinco dias. Se mesmo assim persistir o silêncio, autorizada estará a extinção.

A terceira das hipóteses de extinção decorre do abandono da causa pelo autor, o que se verifica toda vez que o demandante não promover os atos e as diligências que lhe sejam atribuídas, no prazo de trinta dias. Também aqui, pelas razões já expostas, deve-se observar a necessária e prévia intimação para manifestação, no prazo de cinco dias. Nesse caso, advirta-se, o pronunciamento

judicial demanda provocação do réu, em acordo com entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça.[222]

A quarta causa de extinção trata dos pressupostos processuais. A expressão é empregada em sentido lato, e contempla os requisitos de admissibilidade. Com isso, correlacionam-se as lições sobre a existência do processo, enquanto relação jurídica, sua constituição válida e regular e a consequência para as hipóteses de desrespeito ou desatenção para com todas essas exigências legislativas. Perceba que, de um modo geral, a invalidade implica extinção, e por essa razão, é conhecida em caráter preliminar, pelo juízo de admissibilidade do processo. Todavia, deve-se ainda observar as já citadas preliminares impróprias, que como tal, não implicam extinção, mas sim o retardamento da prestação jurisdicional. Como exemplo, citamos aqui a alegação de impedimento e de incompetência absoluta.

Na sequência das causas de extinção, traz o legislador as hipóteses de perempção, litispendência e coisa julgada. A doutrina costuma referir-se a eles como pressupostos negativos, de sorte que a inocorrência de qualquer deles é condição de possibilidade para que o desenvolvimento do processo seja válido e regular. A perempção nada mais é que a perda do poder de ação, decorrente do abandono da causa, por três vezes, com a correlata extinção do processo. A litispendência é a lide pendente de resposta judicial. Assim, se nova demanda for proposta com os mesmos elementos – parte, pedido e causa de pedir –, em cumprimento de ordem constitucional, que nesse caso impõe respeito ao princípio do juiz natural e, também, da perpetuação do órgão jurisdicional, observando-se, para tanto a prevenção, o segundo processo deve ser extinto. Sendo, entretanto, a primeira demanda julgada, a hipótese será de coisa julgada, o que implica extinção de eventual segundo processo, em respeito à segurança jurídica.

A falta de interesse e a falta de legitimidade, apresentadas no capítulo dos pressupostos processuais (*lato sensu*) como requisitos de validade, também implicam extinção e bem poderiam ser absorvidas pela hipótese já ventilada pelo inciso IV.

Ventiladas no inciso VII do art. 485, estão as hipóteses de acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem ou o reconhecimento da competência pelo juízo arbitral. Registre-se que somente o reconhecimento da convenção implica extinção, vez que eventual rejeição da convenção, embora desafie interposição de recurso e apreciação pelo juízo de segundo grau, com possível reversão, não impõe para as partes o arquivamento do processo, que nesse caso, segue para os feitos normais de instrução e julgamento.

Ainda como causa de extinção do processo sem resolução do mérito, destaca o legislador a desistência da ação, que tanto pode ser requerida e homologada até a prolação de sentença. Se a desistência for feita pelo autor, antes da contestação, tratar-se-á de ato unilateral, que como tal, não demandará consentimento da parte contrária. Sendo feita, entretanto, após o oferecimento da contestação, a desistência somente produzirá o efeito esperado se com isso o réu concordar. Eventual resistência deste, no entanto, deve ser fundamentada. Caso contrário, o magistrado homologará a desistência, extinguindo o processo.

Por fim, estabelece o legislador, pelo inciso IX do art. 485, que, em caso de morte da parte, o juiz não resolverá o mérito se a ação for intransmissível. Com isso, registra-se que o caráter personalíssimo de algumas demandas não admite a transmissão para os herdeiros, tais como as ações de divórcio, que, por essa razão, implicam extinção.

Encerram-se essas considerações com a ressalva do inciso X sobre a possibilidade de outros casos previstos em lei autorizarem a extinção do processo sem a resolução do mérito, a exemplo da falta de substituição do advogado ou do representante legal, que, de início, provoca a suspensão do processo, mas que pode culminar com seu encerramento, se o vício não for corrigido.

De outro lado, disponibiliza o legislador, pelo art. 487 do CPC, as hipóteses em que haverá resolução de mérito. Essa resposta, advirta-se, por consectário lógico da primazia e do contraditório, sobrepõe-se, sempre que possível, às decisões de extinção sem resolução. Não por outra razão, as sentenças processuais ou

terminativas, quando combatidas pelo respectivo recurso de apelação, possibilitam a retratação da decisão. Dito isso, seguimos com a análise das hipóteses ventiladas para a resolução de mérito.

A primeira causa de resolução decorre do acolhimento ou rejeição do pedido deduzido, pela inicial ou pela reconvenção. Segue-se, portanto, ao juízo preliminar de admissibilidade do processo, um segundo juízo, desta vez, sobre o mérito.

A segunda causa de resolução se verifica pelo conhecimento, de ofício ou mediante requerimento, da prescrição ou da decadência. Com isso, permite a legislação que a manifestação judicial se dê *ex officio*, sobre matéria de ordem particular. Todavia, mesmo assim, observa-se a incidência do contraditório substancial, o que, em termos práticos, implica prévia comunicação das partes.

O inciso III do art. 487, por sua vez, estabelece três causas de resolução, relacionadas à homologação: o reconhecimento da procedência do pedido, formulado na inicial ou na reconvenção; a transação, que aqui representa concessões recíprocas e pode ser parcial, quando então o processo seguirá para que sejam resolvidas as partes controversas; e, ainda, a renúncia à pretensão, formulada em reconvenção ou na exordial.

[220] Em sentido contrário, no entanto, posicionam-se processualistas da ordem de Moniz de Aragão, para quem o processo é uma entidade jurídica de formação gradual. Nasce com a propositura da demanda, mas só se completa com a citação, cuja consequência é a integração do réu à relação processual, que assim se angulariza.

[221] No sentido do texto, dispõe o art. 314, *in fine*, do CPC, que: “Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição”.

[222] Sobre o tema, consulte-se a Súmula 240 do STJ.



18.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Já com algum grau de certeza acadêmica, se pode sustentar que o exercício do Poder Judiciário reclama a presença de um instrumento para efetivar os direitos pela via jurisdicional. Também se pode sustentar, em respeito ao valor democrático do Estado brasileiro, que o processo só se conjuga e acontece em presença do contraditório. Deve-se ainda registrar que a leitura constitucional do processo se faz pelos vetores da coerência e da integridade.

Sendo assim, o desenvolvimento dos atos processuais, aqui apresentados sob a rubrica do procedimento, não pode se afastar ou olvidar do caso, que, por exercício do poder de ação, traz sempre um direito afirmado ao exame judicial.

Com linhas mais simples: o procedimento, enquanto aspecto extrínseco da relação processual, deve considerar a natureza do direito afirmado e lhe dispensar, em contraditório, um tratamento adequado. Por essa razão, temos em nosso diploma processual civil, procedimentos especiais, firmados em função do direito material, tais como o procedimento para a divisão e demarcação de terras, a concessão de pensão alimentícia e outros tantos, regulados em legislações extravagantes. Pela mesma razão, a legislação autoriza, pelo citado art. 190 do CPC, que as partes

promovam ajustes no rito, para adequá-lo às especificidades da demanda.

Feitas as considerações preliminares, seguimos com o estudo das disposições gerais sobre o procedimento comum, cuja dinâmica serve em caráter subsidiário aos ritos especiais ou ao processo de execução.

Em arremate desta introdução, faço apenas uma breve observação sobre a possível descaracterização dos procedimentos especiais. Explique-se: o rito especial, que, quanto aqui se afirmou, destaca-se em função do direito material afirmado em juízo, detém essa condição, muitas vezes, em função de um único traço ou ato distinto do rito comum. Assim, por exemplo, o rito é especial por permitir decisões, já no início do processo, o que se convencionou chamar de decisões liminares. Também se revela especial quando admite que condenação e execução ocorram na mesma relação jurídica processual. Ou ainda, quando altera a regra disposta para a competência territorial, permitindo que a demanda seja apresentada no domicílio do autor.

Essas medidas, adotadas anteriormente para os ritos especiais, foram, gradativamente, empregadas no rito comum e, hoje, são frequentemente utilizadas no rito comum do novo Código de Processo Civil, de sorte a viabilizar melhor efetividade dos direitos materiais.

Atente-se para o fato de que o rito comum, hoje, emprega cláusulas abertas e termos de baixa densidade semântica, para ampliar o espaço de atuação judicial na construção de uma dinâmica adequada para o exercício da jurisdição. É o que se verifica, por exemplo, no prazo concedido para a efetividade do direito de crédito que reclame a entrega de coisa certa. Nesta hipótese, havendo condenação do réu na entrega da coisa, o procedimento comum apresenta, para seu cumprimento, termos vagos como: prazo razoável, multa proporcional e medidas adequadas, o que, afinal, só permite uma correta delimitação de sentido, diante da peculiaridade do caso concreto.

Seja como for, pela regra do rito especial ou pela vagueza do rito comum, resta evidenciada a influência da faticidade e da adoção de

uma proposta de isonomia comprometida com a dignidade da pessoa humana.

18.2 PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial é o instrumento da demanda. Suas implicações com o exercício da jurisdição são evidentes, pois, em função da inércia, faz-se necessário o exercício do poder constitucional de ação.

Uma vez exercido esse poder, a ação se transforma em demanda, que como já se pôde afirmar, deduz em juízo uma pretensão, um pedido, deflagrando com isso o início da relação jurídica processual. É, portanto, petição inicial.

Com o protocolo da inicial, considera-se proposta a ação, tornando a coisa litigiosa para o autor que desde esse momento também lidará com a litispendência. Destaca-se ainda o fato de que o despacho que ordena a citação, nos termos do art. 240, § 1º, do CPC, interrompe o prazo prescricional, retroagindo à data de propositura da demanda, que aqui lhe serve de marco temporal. Isso impede, por exemplo, que o autor seja prejudicado, caso o último dia do prazo prescricional recaia exatamente nesse lapso temporal entre o protocolo e o despacho que ordena a citação.

No momento seguinte, a circunstância do caso pode implicar registro ou distribuição. O primeiro se justifica quando não há necessidade de sorteio do órgão competente para julgar a demanda, como acontece em varas únicas. O segundo decorre da necessidade de sorteio, quando houver vários órgãos disponíveis para apreciar a demanda. Por qualquer dessas duas vias, temos efeitos a considerar, já que o registro e a distribuição provocam a prevenção do juízo e a sua consequente perpetuação, nos termos dos arts. 43 e 44 do CPC.

Trata-se de ato solene que deve observar as exigências ou requisitos legais para que seu exercício ocorra dentro dos parâmetros de regularidade. Esses requisitos formais encontram-se majoritariamente previstos nos arts. 319 e 320 do nosso CPC/2015.

Assim, enquanto a demanda materializa o exercício do poder de ação, provocando o Estado ao exercício da jurisdição, e por isso se faz pressuposto processual, afetando diretamente seu plano de existência, a exigência legislativa para com uma forma preestabelecida, ao tempo que lhe atribui caráter formal, lhe impõe, já sob o plano da validade, que determinados requisitos sejam imperiosamente observados pelo demandante.

O primeiro requisito, previsto pelo art. 319, inciso I, dispõe sobre a indicação do juízo a que é dirigida. Em respeito ao princípio do juiz natural e das regras processuais sobre a distribuição, a petição inicial, ao revés de indicar o juiz, deve reportar apenas o juízo (órgão) ou tribunal a que é dirigida, pois não se pode, hodiernamente, no Brasil, escolher o magistrado a atuar na causa sem com isso violar princípios constitucionais. Ademais, o endereçamento incorreto da inicial pode implicar incompetência absoluta do juízo. Anote-se ainda, em função da oportunidade, que se a incorreção se der por violação de normas de ordem pública, o que nesse caso se revela pelas regras de competência absoluta, seu reconhecimento pode e deve se dar em qualquer grau de jurisdição, mesmo que de ofício, pelo magistrado.

Em seguida, dispõe o inciso II do art. 319 do CPC/2015 sobre a qualificação das partes: nome, prenome, estado civil, a existência de união estável, profissão, números no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional da pessoa jurídica, o endereço eletrônico e a residência tanto do autor como do réu.

Perceba que a qualificação pode condicionar o endereçamento ou mesmo justificar alterações na dinâmica da relação processual, como nos casos de foro privilegiado (profissão), na averiguação de eventual litisconsórcio (estado civil) – a exemplo das ações reais imobiliárias – e do local (residência) para onde se irá destinar o envio da carta (AR) ou do oficial de justiça, a fim de praticar o ato citatório.

Incorporando lição já estabelecida pelo art. 15 da Lei 11.419/2006, o texto do novo Código de Processo acresce, aos requisitos da petição inicial, a indicação do CPF e/ou do CNPJ, sempre que for possível ao demandante averiguar a informação.

Essa nova exigência, entretanto, não impõe ao jurisdicionado, de forma categórica, que somente de posse do CPF ou do CNPJ se possa regularmente demandar o exercício da jurisdição.

Por essa razão, ressalvam os §§ 1º e 2º do mesmo art. 319, que, diante da indisponibilidade das informações exigidas para a qualificação das partes, pode o autor requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção. Em corolário disso, não deve o magistrado indeferir a petição inicial pelo descumprimento desse requisito, se perceber que a exigência legislativa representa, no caso concreto, óbice difícil ou intransponível para o exercício do poder de ação.

Uma vez promovida a qualificação das partes, a inicial deve indicar a causa de pedir, também apresentada sob os termos: fatos e fundamentos. Essa exigência, que se estabelece pelo inciso III, impõe para o demandante a indicação do fato ensejador da relação jurídica afirmada em juízo (causa de pedir remota), e os supostos direitos decorrentes dessa relação (causa de pedir próxima). Para tanto, recorde-se aqui que o exercício do poder de ação apresenta em juízo uma relação jurídica afirmada, cuja existência se pretende comprovar, a fim de efetivar os direitos dela decorrentes.[223]

Como elemento central da demanda, estabelece o inciso IV, que se apresente ao Judiciário o pedido e suas especificações. Pelo que já se estudou no capítulo referente aos elementos da ação, podemos afirmar sua divisão em pedido imediato e mediato. Aquele, correlato à natureza da prestação jurídica, este, ligado ao próprio direito material ou bem da vida almejado pelo autor.

Sua importância se justifica com facilidade, vez que o pedido delimita a atividade jurisdicional na exata medida que se revela como mérito da causa. É, pois, sobre ele que deve se manifestar o Poder Judiciário, ao final da função jurisdicional.

Adstrita ao pedido, portanto, deve estar a manifestação judicial. Não por outro motivo, sentença ou decisão que confira, ao demandante, bens da vida ou provimentos judiciais diversos daqueles deduzidos pela inicial, pode justificar sua nulidade.

Por isto, a pretensão deduzida em juízo deve ser expressa (certa) e determinada. Assim, não deve o autor se limitar a

expressar a pretensão de ver o réu condenado a lhe pagar indenização, pela prática de um afirmado dano moral. Será necessário, ainda, mensurar o quanto de indenização se pretende perceber pela condenação. Esta é a regra prevista pelos arts. 322 e 324 do diploma dos ritos: o pedido deve ser certo e determinado.

Os dispositivos estabelecem, no entanto, algumas exceções, sob a rubrica do pedido implícito e do pedido genérico. O primeiro se justifica por determinação legal. São exemplos desses casos: a condenação em honorários advocatícios, a incidência dos juros legais e correção monetária, a condenação no pagamento das custas processuais pela parte sucumbente, dentre outros.

Já o pedido genérico, que se caracteriza pela indeterminação do aspecto quantitativo, se admite nos seguintes casos: ações universais, quando o autor não puder individuar os bens demandados, quando não for possível mensurar a extensão do dano ou do ato ilícito, e ainda, quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Exemplifique-se, então, cada uma destas hipóteses.

As ações universais se caracterizam pelo pedido do autor, que em juízo pleiteia a condenação do réu na entrega de uma universalidade de direito, tal como acontece nas petições de herança, e para tanto, deve-se saber que para os efeitos legais, o espólio, embora não detenha personalidade jurídica, pode ser parte no processo. Já as universalidades de fato podem ser exemplificadas pelo acervo de determinada biblioteca. Em ambas as situações, não se pode exigir que o autor especifique, pormenorizadamente, todos os bens individuais que integram a universalidade, admitindo-se, com claros tons de excepcionalidade, que para tanto o autor formule pedido genérico.

Já as hipóteses em que o pedido genérico se impõe pela impossibilidade de apuração da extensão do dano, encontram, no tratamento médico, um exemplo didático. Para tanto, basta imaginar que o autor tenha sido vítima de um acidente de trânsito, em razão do qual tenha que se submeter a tratamentos fisioterápicos para recuperar sua saúde. Nesse caso, não se pode prever, com certeza e segurança, o custo do tratamento, vez que cada pessoa responde

individualmente ao tratamento. Destarte, não saberá o demandante, no momento da propositura da inicial, quantas sessões serão necessárias, e, por conseguinte, qual será a extensão do dano a ser reparado pelo réu em eventual condenação.

Há, ainda, a possibilidade do pedido genérico se justificar em função de ato que deva ser praticado pelo demandado, tal como acontece na ação de prestação de contas.

Em função do que aqui se afirmou sobre a correlação entre o pedido e os limites da atuação jurisdicional, pode-se concluir que as hipóteses de pedido genérico são previstas em caráter excepcional, e devem, por este motivo, ser interpretadas restritivamente.

Feitas as especificações de certeza e determinação, pode ainda o demandante cumular pedidos na mesma inicial, desde que atente para as exigências previstas à altura do art. 327, § 1º, do CPC/2015, o que de fato se impõe por razões de ordem lógica. Vejamos.

A primeira exigência definida em lei é a de que os pedidos cumulados sejam compatíveis entre si. Retomando o exemplo do concurso de ação, em que o ordenamento permite ao jurisdicionado a escolha do caminho para a satisfação do seu direito, percebemos que, diante da entrega de determinada mercadoria com quantidade menor do que a anunciada, o cidadão, que pode estar, nessa hipótese, em relação de consumo, tem à sua escolha a possibilidade de, por exemplo, pleitear em juízo a devolução do dinheiro, o abatimento proporcional ou, ainda, a troca da mercadoria. Essa possibilidade, no entanto, se exclui com o exercício do poder de ação, pois a incompatibilidade de dedução simultânea desses pedidos, que se justifica em função do não enriquecimento ilícito, afrontaria o primeiro requisito da cumulação, vez que entre eles não há compatibilidade.

A segunda exigência para a admissão da cumulação se estabelece pela possibilidade da apreciação e decisão conjunta, pois para que se cumulem pedidos na mesma inicial, esperando com isso decisão sobre todas as pretensões deduzidas, é necessário que o juízo seja competente para exercer a jurisdição e se manifestar sobre todos os pedidos acumulados. Para identificar essa evidência, basta pensar no caso em que se encontre inicial

com os pedidos de execução de contrato de consumo e ao mesmo tempo o pleito para a percepção de pensão alimentícia. Vez que a competência, neste caso, afirma-se inclusive pela matéria, em acordo com as especificidades do direito material, não se poderia admitir, sem flagrante prejuízo das regras de competência, que um juízo de família decida sobre contratos consumeristas, ou que juízos cíveis ou de consumidor se posicionem sobre pensão alimentícia calcada em suposto vínculo de paternidade.

Prevê ainda, o dispositivo, que o mesmo procedimento seja adequado para a apreciação e manifestação de todos os pedidos deduzidos na inicial. Havendo incompatibilidade, permite a legislação que o demandante empregue o procedimento comum, sem prejuízo das técnicas diferenciadas previstas pelo rito especial a que se sujeita qualquer dos pedidos deduzidos na cumulação, desde que isso não confronte o procedimento comum. Em consequência do quanto aqui se observou acerca da democratização dos aspectos procedimentais aplicados ao rito especial, hoje disponibilizados, em sua maioria, também ao rito comum, podemos antever uma aplicação frequente do dispositivo.

Feitas as considerações iniciais sobre a cumulação de pedidos, passamos agora ao estudo de suas espécies, que por pretensões didáticas, são apresentadas sob os termos da cumulação: simples, sucessiva, eventual ou subsidiária e alternativa.[224]

A cumulação simples se estabelece nos casos em que as pretensões apresentadas são independentes, de sorte que o julgamento de qualquer dos pleitos não influencie o resultado do segundo. Nessas hipóteses, têm-se apenas as partes como elemento comum entre as demandas, e exatamente em função da diversidade de causa de pedir e de pedidos, abre-se a possibilidade de resultados diversos. Para tanto, basta imaginar que a inicial traga ao Judiciário as pretensões de indenização por dano moral e material. Essa cumulação, que há um só tempo pleiteia condenação do réu no pagamento de indenizações por fatos diferentes (dano moral e dano material), pode ao final ter resultados de procedência para ambos os pedidos, para apenas um deles ou ainda a improcedências de ambos. Assim, por exemplo, se o autor não

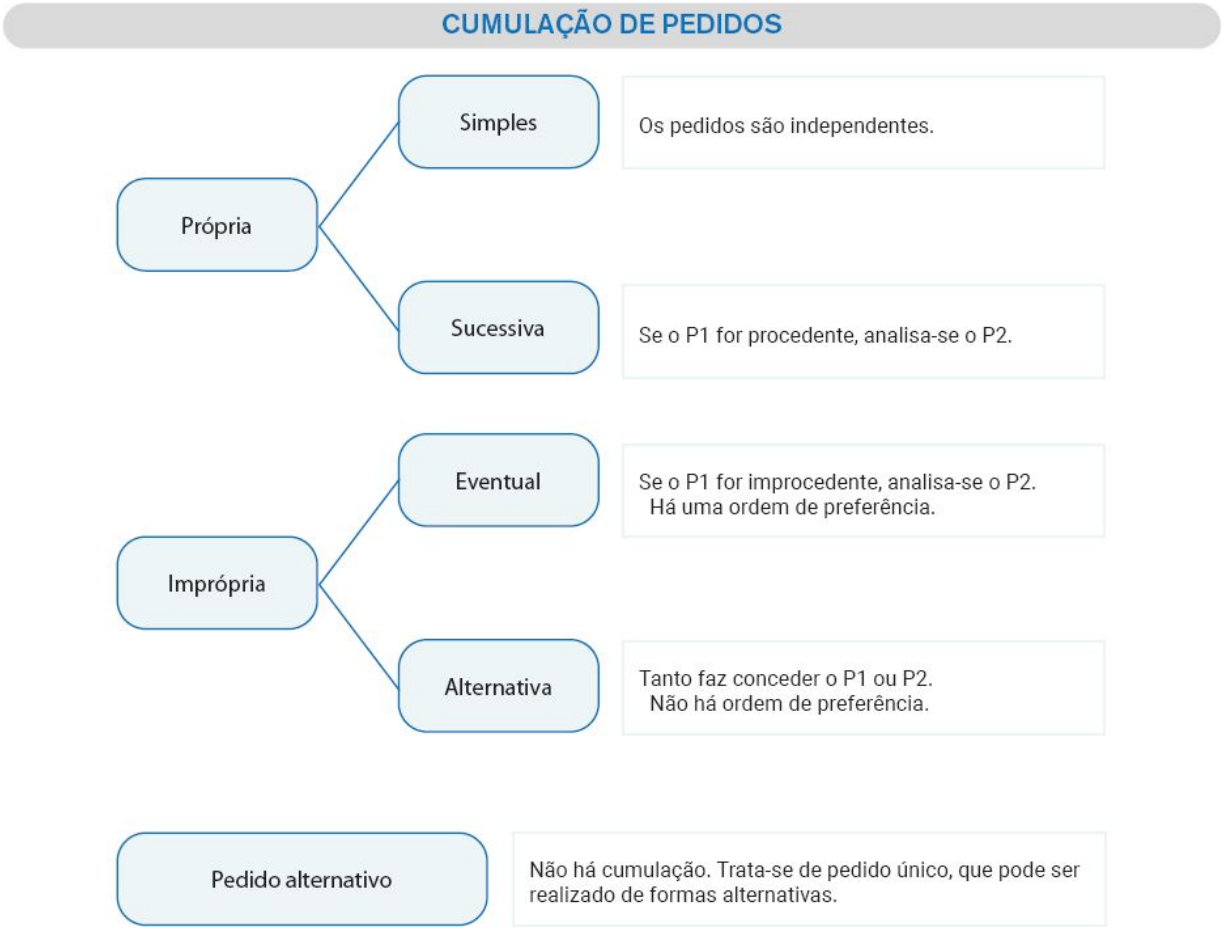
conseguir demonstrar a ocorrência do dano moral, isto em nada prejudicará a apreciação e julgamento do pleito de condenação por dano material, vez que são fatos diferentes, com diferentes objetos de prova.

Uma segunda espécie de cumulação, dentro da classificação proposta por este curso, se identifica como cumulação sucessiva, e se caracteriza pela relação de prejudicialidade entre os pedidos deduzidos. Observe-se, para tanto, um caso em que a inicial deduza as pretensões de reconhecimento da paternidade biológica e a condenação do réu ao pagamento de pensão alimentícia, decorrente dessa relação. Nessa hipótese, um dos pedidos deve ser apreciado antes, vez que guarda uma correlação lógica de prejudicialidade para com o outro pedido. Por isto, se o primeiro pedido for julgado procedente, e assim teremos reconhecida a paternidade, é que o segundo poderá ser apreciado, já que sem o reconhecimento anterior do vínculo de paternidade, não haveria fundamento para justificar a condenação ao pagamento da pensão. Dito de outra forma: apenas se o primeiro pedido for acolhido é que o segundo será apreciado. Isto, no entanto, não garante o êxito no julgamento da segunda pretensão, pois, retomando o exemplo, nada impede que ao final do processo, reconheça-se a paternidade e negue-se o pagamento da pensão alimentícia, em razão de não terem sido demonstrados os requisitos de necessidade/possibilidade entre os demandantes.

Nessas duas primeiras hipóteses de cumulação, simples e sucessiva, observa-se que o autor formula dois ou mais pedidos e almeja a procedência de tudo o que fora deduzido em juízo. Tratando-se da cumulação simples, almeja o demandante perceber as duas indenizações. Já com a cumulação sucessiva, embora diante de uma preleção lógica entre os pedidos apresentados, também nesse caso o demandante atua com vista a obter a procedência de todos os pedidos apresentados, quais sejam: o reconhecimento da paternidade e a percepção da pensão alimentícia, com fundamento na paternidade anteriormente reconhecida. Por esta razão, entendemos, serem essas cumulações próprias.

A terceira espécie se apresenta sob o termo de cumulação subsidiária (ou eventual), e expressa; em verdade, uma ordem de preferência dentre os pedidos deduzidos, de sorte que ao final da função jurisdicional um deles seja julgado procedente. É o caso de demandas que em juízo deduzam a pretensão de condenação do réu ao cumprimento de obrigação contratual, tal como a obrigação de entregar coisa certa que, nessa hipótese, se afirma como prioridade, cumulada com um segundo pedido, de condenação do réu ao pagamento de indenização, diante da impossibilidade de realizar-se a entrega da coisa. Note-se que, esta espécie de cumulação, ao contrário das anteriores, não se perfaz pela procedência de todos os pedidos cumulados, mas apenas por um dentre eles, já observada a ordem de preferência. Trata-se, sob esta perspectiva, de cumulação imprópria. Sobre essa espécie de cumulação, dispõe o art. 326 do CPC/2015, nestes termos: “É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior”.

Por último, tem-se a cumulação alternativa, que, em percepção semelhante à cumulação subsidiária, também apresenta mais de um pedido, sem com isso almejar a procedência de todas as pretensões deduzidas, divergindo, no entanto, por não estabelecer ordem de preferência. Trabalha-se, pois, com uma conjunção alternativa, de sorte que a procedência do pedido um ou do pedido dois atenda aos anseios e expectativas do demandante. Isto, no entanto, não se confunde com o pedido alternativo. Primeiro, em função de nesse caso não haver cumulação, pois se trata de pedido único, que – em função da natureza da obrigação, esta sim, alternativa –, pode ser efetivado de mais de uma forma. No sentido do texto, dispõe a legislação, pelo art. 325 no novo diploma, que “o pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo”. Entretanto, se a escolha couber ao devedor, por determinação legal ou cláusula contratual, o juiz deverá assegurar ao demandado o direito de cumprir a prestação por qualquer das formas admitidas, mesmo que o autor não tenha formulado pedido alternativo.



Sobre o pedido, consideramos ainda que, na hipótese de a demanda afirmar existência de obrigação em prestações periódicas ou sucessivas, por entendimento acadêmico e disposição expressa do projeto do CPC/2015, será o pedido para o cumprimento das prestações futuras incluído no objeto do processo, independentemente de manifestação expressa do autor. Será um caso de pedido implícito.

Feita a exposição sobre o pedido com os seus requisitos e classificações, passamos agora ao estudo do inciso V do art. 319 do CPC, que trata do valor da causa, em acordo com o art. 291 do mesmo diploma. De imediato, destacamos a lição de que, a toda causa, deve-se atribuir um valor, ainda que as pretensões deduzidas não tenham conteúdo econômico, pelos motivos expostos a seguir.

Em função do quanto aqui se afirmou sobre os critérios de competência, já se pode deduzir a importância do valor atribuído à

causa para a identificação do órgão competente ou mesmo a incidência de ritos específicos. Assim, por exemplo, estabelece a Lei 9.099/1995, ao tratar dos Juizados Especiais, competência firmada até o teto de 40 salários mínimos.

O valor da causa serve ainda como base de cálculo para a apuração das custas processuais e em última *ratio,* dos honorários advocatícios, cuja base inicial recai sobre o *quantum* percebido em eventual condenação. Essa divergência, aparentemente simples, revela grandes implicações práticas. Basta pensar em hipótese na qual o autor pleiteie a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral a ordem de 200 mil reais, sendo esse, portanto, o valor indicado em sua inicial. Ao final da instrução, o juiz julga o pedido parcialmente procedente, condenando o réu ao pagamento de apenas 10 mil reais. Ora, se o valor atribuído à causa fosse a referência para a condenação dos honorários, teríamos incontáveis casos em que o autor, vítima da lesão, perceberia importância menor que a de seu patrono. Neste caso, por exemplo, ao se fixar honorários à ordem de 20% sobre o valor da causa, o advogado perceberia 40 mil reais, ao tempo que o demandante, apenas 10 mil.

Muito embora o demandante disponha de certa liberdade para indicar o valor da causa, o art. 292 excepciona essa discricionariedade. Por isso, nos casos ali mencionados, ainda que de forma exemplificativa, deve o autor observar as diretrizes legais. Perceba que o valor da causa serve de base para o cálculo da multa, nas hipóteses de comprovada má-fé, para o cálculo do depósito inicial da ação rescisória, e determina uma série de circunstâncias processuais, a exemplo da capacidade postulatória, nos Juizados Especiais, por exemplo.

Dentre as exceções destacam-se: a ação de cobrança de dívida, na qual o valor deve corresponder ao principal somado dos juros vencidos e outras penalidades, se houver, até a propositura da demanda; o valor correspondente à soma dos pedidos, quando houver cumulação; na ação de alimentos, a soma de doze prestações mensais, dentre outros. Há também casos previstos em legislações extravagantes.

Esclarecendo antiga divergência sobre a possibilidade de correção judicial do valor atribuído à causa, dispõe o CPC/2015 que, de ofício ou por arbitramento, o magistrado deve atuar, a fim de que sejam recolhidas as custas correspondentes, se identificar divergências entre o conteúdo patrimonial objeto da discussão – ou a expressão econômica perseguida pelo demandante – e o valor apresentado na inicial.

Sempre defendemos a necessidade de atuação judicial, que nesse caso se justifica em razão do interesse público, uma vez que a desproporção entre o valor deduzido e a percepção almejada na condenação quase sempre se fez em prejuízo do recolhimento das custas processuais. Há que se registrar, nesse ponto, o fim da expressão: “cem reais, para meros efeitos fiscais”.

Seguindo com a análise dos requisitos da exordial, observamos que o inciso VI do art. 319 exige que o autor indique expressamente por meio de quais provas pretende demonstrar ocorrência dos fatos alegados. A produção da prova, como se verá mais adiante, pressupõe a propositura, admissão, produção e, por fim, a valoração do resultado, para supostamente embasar a decisão judicial.

O citado artigo ainda estabelece para o autor, pelo inciso VII, a opção de realizar ou não a audiência de conciliação ou mediação. Trata-se de alteração relevante na dinâmica processual, que investe em meios comprovadamente eficientes para a resolução de conflitos. Veremos, nos próximos capítulos desta obra, que a audiência de conciliação se apresenta como ato processual a ser praticado logo no início da relação jurídica, a fim de que as partes envolvidas possam avaliar a viabilidade de composição do litígio antes mesmo da citação. Observe-se que a indicação pela prática ou dispensa do ato, enquanto requisito formal da petição inicial, deve ser expressa, muito embora não se possa compelir o demandante a qualquer composição, decorrente de conciliação ou mediação.

Já em seu art. 320, o CPC estabelece a necessidade de que documento essencial acompanhe a petição inicial. A menção é vaga e, como tal, só se revela no caso concreto. Assim, por exemplo, em demanda de divórcio, o documento essencial se consubstanciará,

dentre outros, pela certidão de casamento. De outra vez, em uma demanda que discuta a propriedade de bem imóvel, a escritura será o documento necessário e essencial a acompanhar a petição inicial.

É certo que no modelo cooperativo de processo, o legislador estabelece deveres de correção para a magistratura, a fim de assegurar, sempre que possível, um juízo positivo de admissibilidade.

Sobre o tema, o art. 321 do CPC vai dizer que:

> O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.
> Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Atendidas as exigências descritas acima, a petição inicial demandará juízo de admissibilidade positivo, viabilizando, assim, o seguimento do processo. Havendo, no entanto, vício ou irregularidade que possa comprometer ou dificultar o exame do mérito, o magistrado deverá determinar a emenda ou o complemento, no prazo de quinze dias, indicando, com precisão, o objeto da correção ou complementação, em respeito ao dever judicial de correção e primazia do mérito. Não cumprida a diligência, a petição será indeferida.

18.2.1 Indeferimento da petição inicial

Em acordo com o art. 330 do CPC, a petição inicial será indeferida quando: for inepta, quando houver ilegitimidade flagrante, falta de interesse processual, desídia ou impossibilidade de correção do vício, no prazo de quinze dias, e, por fim, quando, postulando em causa própria, o advogado não observar os requisitos do art. 106,[225] que simplificadamente consistem na

informação do endereço, número de inscrição na OAB e o nome da sociedade de advogados da qual participe, para o encaminhamento das intimações, devendo comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço.

Dentre as causas mencionadas, destaca-se a inépcia da inicial, descrita na legislação como petição desprovida de causa de pedir ou pedido (nesse caso, tratar-se-ia de inexistência), com pedido indeterminado, fora das exceções previstas em lei, petição desprovida de coerência entre a narração dos fatos e a conclusão e, por fim, quando a cumulação de pedidos deduzida na exordial for incompatível.

Deve-se ainda considerar que as hipóteses ventiladas trazem causas de indeferimento da petição inicial por vícios formais, que, como já sinalizamos, são avaliados no juízo de admissibilidade do processo, enquanto questões preliminares, e, por essa razão, implicam extinção sem resolução do mérito.

A decisão que indefere a inicial é uma sentença, já que, aqui, encerramos o procedimento comum, pelos termos do art. 485 do CPC. Em consequência disso, o autor terá o prazo de quinze dias para interpor o recurso de apelação. Nessa hipótese, o juiz pode se retratar em até cinco dias, caso em que a decisão será cancelada e o processo voltará a seguir seu curso, com a determinação da audiência de mediação ou conciliação e a citação do réu. Do contrário, mantida a sentença após a leitura do recurso de apelação, o magistrado deverá citar o réu para que ele integre a relação processual e, nessa hipótese, sua primeira manifestação será pelas contrarrazões, oferecidas ao recurso do autor. Assim, asseguramos que o tribunal possa avaliar tanto o pedido de mudança quanto o pedido de manutenção da decisão de indeferimento da inicial.

18.2.2 Improcedência liminar do pedido

A improcedência liminar do pedido se pauta pelo art. 332 do CPC, quando a causa, versando apenas sobre direito ou sobre direito e fato, admitir a dispensa da fase instrutória. Nessa hipótese, poderá o juiz, independentemente da citação do réu, julgar

liminarmente o pedido improcedente. O texto, em função de sua complexidade, merece algumas considerações.

Em seguida, devemos considerar o fato que, diversamente do que acontece com as causas de inépcia, a manifestação judicial de indeferimento se faz sobre o mérito da causa, de sorte que já no início da relação processual temos o pronunciamento desfavorável sobre a pretensão deduzida pelo autor. Dito de outra forma: se nas causas de indeferimento, o pedido do autor deixa de ser apreciado por irregularidade formal, agora, em decorrência da autorização prevista no citado art. 332, o pedido do autor é apreciado e negado, vez que a decisão, ao revés de extinguir o processo sem a sua resolução, manifesta-se sobre o pedido para indeferi-lo.

Essa rejeição é liminar, e isto acontece em decorrência de a decisão ser entregue no início da relação processual. Para tanto, basta lembrar que o termo liminar se comporta como adjetivo, pois de certa forma qualifica decisões entregues no início do procedimento, ou seja, antes da resposta do réu. Por esse motivo, qualquer decisão prolatada no momento inicial, seja ela interlocutória ou sentença, quando entregue antes da resposta do réu, é liminar.

Considerando o fato de que a decisão proferida é uma sentença e que eventual recurso será de apelação, assim como na hipótese de indeferimento liminar, também aqui o recurso permitirá que o juiz se retrate no prazo de cinco dias. Mantida a sentença, o réu será citado para apresentar suas contrarrazões ao recurso do autor, com a posterior remessa do processo ao respectivo tribunal. No entanto, caso o juiz se retrate, a decisão é cancelada e o processo segue o seu curso normal, com a marcação da audiência e a citação do réu para que compareça a essa tentativa de conciliação ou mediação.

Pode acontecer de o autor, mesmo enfrentando uma sentença de improcedência do pedido, apta a formar coisa julgada material, não interpor recurso. Se essa for a escolha do demandante, o processo é findo, devendo o réu, nesse caso, ser apenas intimado, para tomar ciência de tudo o que ocorrera. Com isso, em eventual nova propositura da demanda, pelo autor, poderá o réu arguir em

preliminar que o pedido já fora julgado, impedindo sua reanálise judicial.

A primeira das causas elencadas pelo legislador se refere às pretensões deduzidas que contrariem súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. A segunda causa se refere a pedidos que estejam em desacordo com acórdão proferido pelos respectivos tribunais, em julgamento de recursos repetitivos. Uma terceira causa de improcedência se verifica quando a pretensão for de encontro ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e, a última, quando o pleito contrariar súmula de tribunais estaduais sobre direito local. As circunstâncias descritas pelos incisos do mencionado art. 332 serão objeto de estudo na continuação deste curso, mas aqui são mencionadas para se evidenciar a influência da interpretação, compreensão e aplicação do Direito feita por tribunais e órgãos de superposição. Isso, ao argumento de que o fortalecimento da jurisprudência e dos precedentes, já objeto de análise em linhas anteriores, possa imprimir coerência e integridade ao ordenamento jurídico-processual. Sem preterir a intenção declarada do legislador, deve-se garantir ao jurisdicionado, em decorrência do contraditório, a possibilidade de influenciar a decisão, e até mesmo de demonstrar, que o caso apreciado não se submete às circunstâncias ventiladas para legitimar o indeferimento. Por isso, já sinalizamos a possibilidade de se exercer a revisão da sentença, incluindo, nesse procedimento, uma possível retratação. Se isso ocorrer, o juiz deve retomar o curso da marcha processual e determinar a citação do réu, vez que esse ato de comunicação se caracteriza pela finalidade de convocação do terceiro para integração da relação processual.

Citado, o demandado passa a ter quinze dias para apresentar as razões que entende relevantes e pertinentes para manter a decisão do juízo de primeiro grau, o que se faz pelas contrarrazões ao recurso de apelação. Se o autor não provocar o exercício do duplo grau de jurisdição, a decisão se tornará definitiva. Essa situação desafiará a prática da intimação, a fim de que o réu tenha ciência do trânsito em julgado da decisão.

Encerramos este capítulo com uma pequena observação: a aplicação do art. 332 do CPC não demanda juízos discricionários. Deve o dispositivo ser aplicado diretamente, quando a inicial se enquadrar em qualquer das hipóteses de improcedência liminar.

Ocorre, entretanto, que a improcedência pode ser parcial, seja porque houve cumulação e sobre qualquer deles o juiz se pronunciou liminarmente pelo indeferimento, ou quando parte do mesmo pedido é, de plano, rejeitada pelo juízo. Trata-se de improcedência liminar parcial do pedido, cuja regulamentação se faz pelo art. 356 do CPC, com referência expressa ao fato de que a decisão judicial, nesses casos, é passível de outro recurso, distinto da apelação: o agravo de instrumento.

18.3 AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Diante do juízo positivo de admissibilidade sobre as exigências da petição inicial, não sendo o caso de improcedência liminar, deve o magistrado designar audiência de mediação ou conciliação, com antecedência mínima de 30 dias, para os fins de conciliação ou mediação. Essa fase é indispensável nos processos de conhecimento que tramitam pelo rito comum, e se justifica por determinação legislativa, hoje estabelecida pelo art. 334 do CPC.

Em decorrência disto, com pelo menos 20 dias de antecedência, o réu deve ser citado para comparecer, enquanto ao autor, reserva-se uma intimação, que, nesse caso, é feita na pessoa de seu advogado. Eventual conciliação, já no início da relação processual, traduz o investimento na autocomposição, fortalecendo a economia e a celeridade no exercício da jurisdição.

A audiência pode-se repetir, desde que não ultrapasse o limite de dois meses da primeira sessão. Entretanto, pode ser dispensada se houver manifestação expressa das partes pelo desinteresse na solução consensual. Essa intenção deve ser deduzida pelo demandante, já em sua inicial, e pelo demandado, em petição escrita, apresentada com no mínimo dez dias de antecedência da

realização da audiência. Atente-se para o fato de que somente o desinteresse recíproco dispensa a prática do ato, o que, nesse caso, demanda manifestação expressa do autor e do réu. Havendo litisconsórcio, o desinteresse pela realização do ato processual deve ser manifestado por todos os litisconsortes, caso em que se dispensará a realização da audiência.

O não comparecimento injustificado de qualquer das partes é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção com multa de até 2%, calculados em razão da expressão econômica pretendida ou do valor da causa. O pagamento da multa, advirta-se, é revertido em benefício da União ou do Estado, conforme as regras de competência.

Muito embora as partes devam comparecer à audiência, acompanhadas de seus respectivos advogados, a falta destes não impede a realização do ato, vez que eventual transação, por ser ato material, não reclama capacidade postulatória e pode ser efetivada diretamente entre os sujeitos da demanda. Sobre o tema, registra-se a decisão do CNJ que, baseada no art. 11 da Resolução 125/2010, concluiu pela não obrigatoriedade da presença de advogados em mediações ou conciliações, já que o citado dispositivo prevê a possibilidade de a atuação se dar por membros do sistema de justiça.

Frustrada a possibilidade do consenso, quer seja pela manifestação expressa, ou ainda, pelo não comparecimento, o réu terá à sua disposição 15 (quinze) dias para contestar. O termo inicial, nesse caso, será da data da última ou única sessão da audiência de conciliação ou de mediação.

Encerra-se este capítulo com as alterações promovidas pela Lei 13.994/2020 nos Juizados Especiais Cíveis, acerca da audiência de conciliação. Em seu art. 22, *caput,* a Lei 9.099/1995 já estabelecia que a conciliação seria conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Agora, com a atualização promovida em 2020, o citado artigo, em seu § 1º, informa que, uma vez obtida a conciliação, esta será reduzida a termo e homologada por sentença com eficácia de título executivo. Seu § 2º, também inserido pela atualização, admite o emprego de recursos

tecnológicos disponíveis para a transmissão de dados, sons e imagens em tempo real. Há, obviamente, reflexos imediatos na dinâmica forense decorrentes dessa mudança, já que no período de pandemia a sociedade potencializou o emprego de plataformas virtuais para a prática dos atos processuais.

O art. 23 dessa mesma lei dos juizados cíveis agora impõe ao demandado a possibilidade de julgamento imediato caso ele não compareça ou se recuse a participar da tentativa de conciliação não presencial. Dentre os diversos aspectos constitucionais a considerar, ressaltamos a impossibilidade de estabelecermos a via não presencial para o jurisdicionado como única via para a prática da conciliação, já que boa parte de nossa população sequer tem acesso a um bom serviço de internet, para assegurar a estabilidade das conexões.

ATENÇÃO

Não cabe aplicar multa a quem, comparecendo à audiência do art. 334 do CPC, apenas manifesta desinteresse na realização de acordo, salvo se a sessão foi designada unicamente por requerimento seu e não houver justificativa para a alteração de posição. (Enunciado 121 do Conselho da Justiça Federal, aprovado entre os dias 13 e 14 de setembro de 2018.)

18.4 RESPOSTA DO RÉU

A resposta do réu, em âmbito genérico, pode ser classificada em função do objeto, e nesse aspecto, podem ser defesas contra o processo e/ou contra o mérito. Já com relação aos efeitos, podem ser compreendidas como defesas peremptórias ou dilatórias. Aquelas se caracterizam pela finalidade imediata de extinção do módulo processual. Estas, pelo retardo na entrega da prestação jurisdicional.

A defesa contra o processo é preliminar, vez que a irregularidade ou vício na formação e desenvolvimento da relação jurídica processual pode impedir o exame de seu objeto, afastando-se assim a possibilidade de decisões sobre o mérito da causa.

As defesas contra o processo, diretas ou peremptórias, almejam a extinção da relação jurídica processual, e encontram boa parte de suas hipóteses ventiladas no art. 337 do CPC. Assim, por exemplo, são os casos de coisa julgada, perempção, falta de pressupostos processuais, inexistência ou nulidade da citação, dentre outros.

As defesas contra o processo indiretas ou dilatórias trazem consigo alegações que afinal podem apenas retardar, justificadamente, a entrega da prestação jurisdicional, em decorrência de vício sanável, como as alegações de impedimento ou suspeição do juiz da causa e as arguições de incompetência relativa.

Nestes casos, ao revés da extinção do módulo processual, temos a substituição do juiz impedido ou suspeito, e ainda, se for o caso, o envio dos autos para o juízo competente, se a alegação de incompetência relativa for acolhida. Observa-se, portanto, que a alegação ventilada nessa modalidade de defesa não tem por escopo a extinção do módulo processual, mas sim a correção de um suposto vício, o que evidentemente demanda tempo e provoca sua dilação.

Deve-se ainda registrar, em função da proposta de classificação adotada para as espécies de resposta, que as hipóteses de conexão, continência e incompetência absoluta, sem prejuízo de estarem contempladas no art. 337 do CPC, não implicam extinção mas dilação, vez que nesses casos o que temos é a concentração das demandas no juízo prevento ou a remessa dos autos para o juízo competente; são hipóteses de preliminares impróprias.

Em linha de raciocínio semelhante, apresentam-se as espécies de resposta do réu contra o mérito da causa, aqui classificadas também como defesas indiretas ou diretas.

As defesas contra o mérito indiretas não negam os fatos alegados pela exordial, mas a este fato trazem algum outro fato, exercendo, sob a pretensão do autor, influência para lhe modificar

ou extinguir as consequências almejadas pelo demandante. É o que acontece, por exemplo, em ação de cobrança, impetrada pelo autor para obter a percepção de 10 mil reais, devidos em função de um contrato de mútuo. Uma vez citado, pode o réu, em vez de atacar a relação processual, concentrar sua defesa no mérito da causa. Esse ataque, no entanto, pode não ser direto, posto que a situação aqui exemplificada indica que o réu, mesmo assumindo a dívida, traz para os autos uma nova alegação, qual seja, a de que o autor lhe deve a importância de 6 mil reais. Destarte, mesmo sem negar diretamente o fato trazido pela inicial, a adução de que o autor da demanda lhe deve, revela uma compensação parcial. Como a compensação é uma das modalidades de extinção das obrigações, é possível que a defesa altere a percepção econômica do autor no final do processo, que, nesse caso permaneceria para o pagamento de apenas 4 mil reais.

Valendo-se do mesmo exemplo, podemos sustentar que uma defesa direta de mérito, em vez de alegar fato novo, concentra sua argumentação para negar a existência da dívida ou ainda de qualquer outro fator que possa elidir frontalmente o pedido do autor. Essa modalidade de defesa ou exceção material, que na doutrina também recebe o nome de “exceções substanciais”, reporta-se tanto ao pedido como aos seus fundamentos. Assim, por exemplo, enquadram-se nessa categoria, tanto as defesas que neguem a existência do contrato, como aquelas que negam suas consequências jurídicas.

Muito embora entre as respostas diretas e indiretas não exista hierarquia, de sorte que ambas podem ser manejadas de forma independente, as defesas contra a relação jurídica processual devem ser apresentadas em âmbito preliminar pelas já expostas razões de ordem lógica. Feitas as considerações gerais sobre o objeto da resposta e sua consequente classificação, passamos a considerar as espécies admitidas pelo Código de Processo para o rito comum ordinário.

18.4.1 Contestação

A mais ampla e importante espécie de defesa de nossa legislação processual é denominada de contestação. Nesse ato, o réu deve contrapor-se à petição inicial, deduzindo defesas diretas e indiretas, contra o processo e/ou contra o mérito.

A concentração da defesa no ato da contestação se justifica em função do princípio da eventualidade, nos termos de que: “toda e qualquer defesa que o réu possa opor à pretensão do autor deverá ser deduzida na ocasião da contestação, sob pena de preclusão”.[226] Por essa razão, a contestação pode aduzir defesas aparentemente contraditórias. Basta pensar, por exemplo, em demanda que alegue a ocorrência de um fato jurídico, como a celebração de um contrato de empréstimo, em função da qual o autor alega existir relação jurídica (afirmada), da qual decorra o seu direito a receber a coisa. Ao contestar a demanda, pode o réu, em sua defesa, arguir a inexistência do contrato de empréstimo e, ainda, em função da eventualidade, que na existência do contrato, a coisa já fora devolvida ao autor. Essas alegações, advirta-se, devem ser contempladas na contestação, sob pena de preclusão. Outro não é o mandamento processual do art. 336 do CPC/2015, que assim se manifesta: “Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”. Em consequência disto, após a contestação, só será lícito ao réu arguir novas alegações quando se correlacionarem com fato superveniente, quando tratarem de matéria cujo juiz possa conhecer de ofício ou quando, por determinação legal, puderem ser deduzidas a qualquer tempo.

As questões preliminares, também conhecidas como defesas processuais diretas ou peremptórias, sinalizadas pelo citado art. 337 do diploma procedimental, por razões de ordem lógica, devem ser alegadas antes que se passe para a análise do mérito da causa. Nesse sentido, dispõe a legislação, que incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar as seguintes hipóteses: inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta ou relativa; incorreção do valor da causa; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte,

defeito de representação ou falta de autorização; convenção de arbitragem; ausência de interesse processual ou legitimidade da parte; falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar, e a indevida concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Ressalvando-se a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, que por expressa disposição legal, demandará provocação do demandado, as outras questões serão conhecidas de ofício pelo magistrado. Perceba que as preliminares traduzem, hodiernamente, situações de interesse público, de sorte a serem reconhecidas mesmo sem manifestação das partes.

Advirta-se, tempestivamente, que o CPC/2015 altera significativamente a regulamentação processual anterior, pois dispõe que as alegações de incompetência absoluta e também as de incompetência relativa sejam expostas em preliminar de contestação. A mudança se justifica pela concentração dos atos processuais, hoje consagrada pelo art. 340: “Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico”. Registre-se, pela oportunidade, que no caso de incompetência relativa, agora deduzida no corpo de contestação, a defesa pode ser apresentada no foro de domicílio do réu. Com isso, facilita-se o exercício do direito de defesa.

A alegação de incompetência relativa se reporta às regras processuais cujo interesse seja particular, identificadas neste curso pelo valor – na relação de que quem pode mais pode menos – e pelo território. Assim, por exemplo, tratando-se de ações pessoais sobre bens móveis, que inicialmente têm determinação de competência territorial estabelecida para o domicílio do réu, nada impede que a demanda seja proposta em local diverso, como o domicílio do autor da demanda.

A ausência de interesse público ou autorização legislativa para a manifestação judicial – como nos casos de reconhecimento da prescrição ou decadência – justifica, nesses casos, o silêncio judicial. A ressalva, entretanto, existe para viabilizar o

reconhecimento de ofício, se houver cláusula de eleição de foro abusiva. Nessa hipótese, contudo, o magistrado deve se manifestar antes de citar o réu, sob pena de preclusão.

Citado, pode o demandado arguir, no corpo da contestação, a exceção de incompetência relativa, com o intuito de que a regra inicial seja mantida e de que os autos sejam remetidos para o juízo de seu domicílio. É dizer: a regra de competência territorial, que pelo exercício da demanda seria alterada, ao final, pode não prevalecer.

Se a alegação da defesa for acolhida, as decisões judiciais praticadas pelo órgão incompetente conservarão sua eficácia até que outra decisão seja proferida, agora pelo juízo competente. Sobre o tema, consulte-se o art. 64, § 4º, do CPC.

Alegando o demandado, em sua contestação, vício de ilegitimidade passiva ou negando a responsabilidade pelo prejuízo invocado, a legislação faculta ao autor, no prazo de 15 (quinze) dias, alterar a petição inicial para substituir o réu. Esse procedimento, hoje incorporado ao capítulo dedicado à contestação, convoca um terceiro, supostamente titular da relação material discutida em juízo, para substituir o réu no polo passivo da relação processual. A hipótese se justifica em razão da constatada dificuldade de se identificar corretamente, em alguns casos, o real legitimado passivo. Para ilustrar o caso, basta imaginar os entraves dispostos ao sujeito que, na condição de autor, deva indicar, como réu, o proprietário de determinado veículo automotivo. Como as lições da experiência informam que o proprietário normalmente conduz o veículo, seria perfeitamente compreensível que um erro decorresse do fato de o automóvel ser alugado ou guiado por um motorista, que, neste caso, atua como mero detentor.

Sem a possibilidade de correção, prevista no art. 338 do CPC/2015, haveria extinção do processo pela falta do requisito de admissibilidade, que evidentemente contraria as diretrizes fundamentais de cooperação e primazia do mérito.

A correção do vício, entretanto, não pressupõe que o réu indique o real legitimado da relação jurídica deduzida em juízo, sob pena de arcar com as custas processuais e, ainda, indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da não correção.

Essa indicação se justifica quando houver relação entre ele e o indicado, pois, do contrário, não se deve impor sobre o réu o ônus da correção. É preciso observar, ainda, que a substituição só se realiza se o autor aceitar a indicação. Nesse caso, deve alterar a petição inicial, no prazo de quinze dias. Feita a substituição, o demandante arcará com as despesas do réu excluído.

Em decorrência da regra prevista no art. 341 do CPC/2015, o réu deve manifestar-se precisamente sobre todas as alegações de fato deduzidas pelo autor. Qualquer dos pontos alegados, e não contestados especificamente pelo réu, autoriza a presunção relativa de veracidade sobre aqueles. Com outras palavras: fatos alegados e não contestados são fatos presumidamente verdadeiros. Sobre o tema, assim se manifesta o citado dispositivo legal: “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas”. As exceções ficam por conta de fatos que não admitam a confissão, iniciais desacompanhadas de instrumento público que a lei considere essencial para a substância do ato, ou, ainda, se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

O prazo para a entrega da contestação é de quinze dias, cujo termo inicial será da audiência de conciliação ou mediação. Havendo realização de mais de uma audiência para esse fim, o termo será da última sessão, quando a parte comparecendo não se manifestar favorável à autocomposição, ou simplesmente não comparecer.

ATENÇÃO

Não há preclusão consumativa do direito de apresentar contestação, se o réu se manifesta, antes da data da audiência de conciliação ou de mediação, quanto à incompetência do juízo. (Enunciado 124 do Conselho da Justiça Federal, aprovado entre os dias 13 e 14 de setembro de 2018.)

Pode ainda o prazo para a contestação decorrer do protocolo do pedido de cancelamento da audiência, apresentado pelo réu com o propósito de manifestar expressamente seu desinteresse, ou, ainda, das disposições contidas no art. 231, acerca da modalidade de citação praticada no processo. Assim, por exemplo, o prazo será contado da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação for feita pelo correio, ou da junção do mandado cumprido, quando o ato for praticado por oficial de justiça.

Ao final desse período, ocorre o fenômeno da preclusão consumativa, e em decorrência disso, não se admite que uma primeira versão da defesa seja entregue no décimo dia, para que nos cinco dias restantes se permita uma versão mais atual e completa da contestação. Esse prazo, no entanto, sofre alterações em função da isonomia material, que para o caso apresenta circunstâncias objetivas e subjetivas, já comentadas quando do estudo dos prazos processuais.

Encerram-se as considerações sobre a contestação, com referência às defesas que, de modo excepcional, podem ser apresentadas em momento posterior, cuja autorização legal decorre do art. 342 do CPC. Por lá, identificamos a possibilidade de deduzir novas alegações relativas a direitos ou fatos supervenientes, arguir matérias que o juiz deva conhecer de ofício e, ainda, quando, por expressa disposição legal, as alegações puderem ser oferecidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

18.4.2 Revelia

Feitas as considerações sobre a contestação e os seus respectivos ônus, princípios, objeto e prazo, passamos a considerar as consequências jurídicas de sua não apresentação, que no ordenamento brasileiro recebe o nome de revelia. Perceba que a ausência de contestação não se equipara à ausência de resposta por parte do demandado. Por esse motivo, ainda que o réu

apresente outras espécies de respostas, será possível afirmar a revelia, pela não entrega da contestação.

A revelia produz, no Direito brasileiro, uma consequência material e duas consequências processuais. A primeira delas incide sobre o plano material e permite a presunção relativa sobre os fatos alegados pelo autor. Essa consequência, em verdade, já se percebe mesmo quando da entrega da contestação, caso o fato alegado pelo demandante não seja especificamente impugnado pelo réu. Assim, a não impugnação dos fatos aduzidos na exordial, quer seja por desatenção, anuência ou mesmo pela não entrega da contestação, implica presunção relativa de que os fatos alegados sejam verdadeiros. Isto, no entanto, em nada assegura a procedência do pedido, vez que o efeito material não provoca convicção total e plena sobre as alegações do autor, admitindo, portanto, prova em contrário.

Havendo, no caso concreto, tempo hábil para a participação do réu, este poderá participar da relação jurídica processual, assumindo-a no estado em que se encontrar, a fim de elidir a presunção relativa. Ademais, segundo o art. 345 do CPC/2015, a revelia não induz o efeito material, se: “havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; se a petição não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato e ainda, se as alegações deduzidas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos”.

Como primeiro efeito processual, a ausência de contestação implica fluência dos prazos sem que para tanto seja necessário praticar a intimação para comunicação e fluência do lapso temporal. Por isto, afirma-se que, para o réu revel, os prazos correm independentemente de intimação. Havendo patrono constituído nos autos, a revelia não produz seu primeiro efeito processual, vez que nessa hipótese, as intimações serão dirigidas ao advogado do réu. Este é o entendimento dominante do STF, que agora resta consagrado pela redação do art. 346 do CPC.

O segundo efeito processual decorrente da revelia, correlaciona-se diretamente com a cognição. Esta afirmação se justifica em

função da relação jurídica processual voltar-se para o conhecimento de fatos e direitos, havendo sobre esse a presunção de conhecimento judicial. Se essa é a premissa estabelecida pela legislação e corroborada por parcela significativa da doutrina – embora com isso não concorde o autor desta obra, pelas razões expostas no início do curso –, sinalizamos, com referência à legislação, que salvo as exceções de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, não se faz necessário provar a existência do Direito, relegando a produção da prova para as questões de fato.

Pois bem, se as provas documentais já devem acompanhar as peças em função do art. 320 do CPC/2015, que com clareza meridiana informa ser requisito da inicial acostar documentos essenciais (o que evidentemente se aplica também para a contestação), pode-se concluir que, produzido o efeito material, haverá presunção de veracidade sobre os fatos alegados, restando apenas questões de direito para a avaliação judicial. Como a presunção legal se estabelece no sentido de que o magistrado conhece o Direito, não há, em tese, qualquer motivo a justificar a prática da audiência, vez que nesse caso a produção probatória já não se justifica. Dessa desnecessidade decorre, pois, o segundo efeito processual, qual seja: o julgamento antecipado do mérito. Com outras palavras: se a prova se produz sobre os fatos ou suas alegações, quando houver presunção de veracidade decorrente do efeito material, restarão apenas questões de Direito, e como sobre isto, hodiernamente não se faz necessário instrução probatória, a prática da audiência é dispensada, permitindo o julgamento imediato da causa.

18.4.3 Reconvenção

Como segunda espécie de resposta, prevista para o procedimento comum, a reconvenção se caracteriza como demanda, deduzida pelo réu em face do autor, na própria contestação, a fim de obter, no mesmo processo, em favor próprio, decisão sobre pretensão conexa com a ação principal ou com o

fundamento da defesa. Eis a redação do art. 343 do CPC: “Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

Têm-se duas demandas e apenas um processo. Verifica-se, portanto, a possibilidade de a parte ré aproveitar a fluência da relação jurídica processual, já instaurada pela inicial, para exercer o poder constitucional de ação, dando azo a uma demanda autônoma. No sentido do texto, a legislação estabelece que: “a desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção”.

Em acordo com a classificação adotada na parte geral da resposta do réu, a reconvenção é defesa substancial indireta, pois o réu ou terceiro traz um fato novo, conexo com a demanda principal ou com os fundamentos da defesa.

Sua finalidade primordial se justifica pela economia processual, pois em vez de propor demanda independente, dando ensejo a novo processo, vale-se o réu de prerrogativa conferida por lei para dinamizar a apreciação de sua pretensão. Sob essa perspectiva, a reconvenção apresenta como demandante o réu da demanda originária (reconvinte), ao tempo que o autor da petição inicial, nessa espécie de resposta, ocupa o polo passivo (reconvindo). Trocam-se, portanto, nessa hipótese, os polos da relação jurídica processual inicialmente formada.

Esse comportamento amplia o objeto do processo, já que essa espécie de resposta provoca uma cumulação objetiva dentro da dinâmica processual. Registre-se que o art. 343 do CPC determina que a reconvenção seja proposta na contestação, sob pena de preclusão consumativa, o que não impede que a pretensão seja deduzida por ação autônoma, com possível reunião perante o mesmo juízo.

O CPC admite que a reconvenção promova a ampliação subjetiva da demanda, o que, na prática, viabiliza que o réu promova demanda contra o autor e um terceiro, ou mesmo, que a proponha em litisconsórcio com terceiro, em face do autor. Praticam-

se, nesse caso, dois atos de comunicação processual: intimação do autor da demanda originária e citação do terceiro, a fim de que este possa integrar o processo.

Para exemplificar essas circunstâncias, basta imaginar que a pretensão deduzida pelo réu, na reconvenção, afirme a existência de direito sobre bens imóveis, que ao quanto já se pôde estudar, exige, para o polo passivo, nos casos de ações reais imobiliárias, a citação do demandado e seu respectivo cônjuge. Tecnicamente, temos uma regra procedimental autorizando o manejo de demanda incidente, a fim de garantir maior economia processual. De outro, uma necessária composição no campo da legitimidade, permitindo ampliação subjetiva da relação processual, por exigência legal.

Ainda que a economia processual se justifique por interesse público, algumas formalidades são exigidas para a admissibilidade dessa resposta. De imediato, deve-se observar os pressupostos e requisitos de admissibilidade do processo e as exigências formais da demanda, tais como o interesse de agir e a legitimidade, vez que essa é a natureza jurídica da reconvenção.

Nessa modalidade de resposta, devemos comprovar que a decisão emitida pelo Poder Judiciário não se poderia alcançar apenas com o julgamento da pretensão deduzida pela inicial, de sorte a justificar o manejo da reconvenção, sob pena de inadmissão, por falta de interesse de agir, na via da necessidade. Assim, por exemplo, em ação que pleiteie a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais, não há que se admitir reconvenção com o pleito de declaração de inexistência do dano, vez que esta será uma decorrência lógica da improcedência do pedido ventilado pelo autor.

Ainda sobre o interesse de agir, agora sob a via da adequação, é necessário observar a autorização procedimental para o manejo dessa espécie de resposta, que não é permitida em todos os procedimentos.

Em função de se estar ventilando nova pretensão, há que se concluir, por obviedade, que o juízo seja competente para conhecer e decidir o mérito da demanda originária e também da demanda proposta em contra-ataque. Por motivo correlato, deve haver

compatibilidade entre os procedimentos aplicáveis para a apreciação das duas demandas. Outra exigência para a propositura da reconvenção, decorrente da sua natureza de demanda incidente, é a de que a relação jurídica processual inaugurada pela inicial ainda esteja em curso. Nada mais natural, pois o término da atividade jurisdicional retira, suprime o objeto de incidência da reconvenção, que, nessa hipótese, pode apenas se apresentar como demanda originária, instaurando a criação de um novo processo. Do contrário, restará ao réu da demanda originária propor demanda independente, gerando um novo processo, agora na condição de autor, para assegurar seu direito material.

A reconvenção não demanda autuação em apartado, e em decorrência dos requisitos correlatos da exordial, deve também indicar as provas que pretende produzir em relação à demanda reconvencional. Como a reconvenção promove uma ampliação objetiva do processo, pois adicionam-se pedidos sobre os quais se reclama decisão judicial, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor. O mesmo se aplica quando houver intervenções de terceiro.

Finalizando as considerações sobre reconvenção, argui-se o julgamento conjunto das duas demandas, que são decididas na mesma sentença.

18.4.4 Impugnação do valor da causa

O valor atribuído à causa deve representar a expressão econômica almejada pelo autor, sem que com isso se fixem parâmetros objetivos para a maioria dos casos. Entretanto, o art. 292 do Código excepciona a liberdade inicial, prevendo algumas exceções. É o que temos, por exemplo, na ação de cobrança de dívida, na qual o valor deve ser a soma monetariamente corrigida dos juros de mora e outras penalidades, vencidos até a propositura da ação.

Tratando-se de demanda cuja finalidade seja a declaração acerca de existência, validade, cumprimento, modificação,

resolução, resilição ou rescisão de ato jurídico, o valor deve representar a parte controvertida do ato, seja total ou parcial.

Nas ações de alimentos, o valor deve ser o resultado da soma de doze meses do valor pleiteado para a pensão e, ainda, se a causa versar sobre divisão, demarcação e reivindicação, o valor deve ser o de avaliação da área ou objeto.

Ainda sobre o tema, dispõe a legislação que na ação indenizatória, ainda quando fundada em direito moral, o valor da causa deve coincidir com a expressão econômica perseguida pelo autor. Havendo cumulação de pedidos, o valor deve ser a soma de todos eles, ou, nos casos de pedido alternativo, o de maior valor.

Sendo essa a determinação legal, é absolutamente natural que o ordenamento discipline a manifestação processual do réu para sinalizar seu eventual descumprimento. Por esta razão, prevê o art. 337 do mesmo diploma, a possibilidade de o demandado alegar eventual discrepância, em preliminar da contestação, sob pena de preclusão.

Diante da impugnação, deve o magistrado, em clara manifestação do contraditório, comunicar o autor e lhe conceder prazo para manifestação. Findo esse prazo, a peculiaridade do caso pode ainda exigir informações de um perito, a fim de identificar o correto valor da causa. Em seguida, havendo ou não a necessidade de informações periciais, decidirá o juiz sobre a necessidade de se proceder ao recolhimento das custas correspondentes.

Nos casos objetivamente descritos pela legislação como exceção à liberdade do autor em dispor do valor da causa, tem-se afronta à norma cogente, vez que a desatenção recai sobre regra disposta em lei ordinária: o Código de Processo Civil. E mais, por tudo o quanto aqui se afirmou sobre as repercussões procedimentais do valor da causa, quando do estudo da petição inicial, entendemos que a hipótese revela interesse público, devendo, portanto, ser reconhecida de ofício pelo magistrado. Já defendíamos isso, ainda sob a égide do CPC/1973, com amparo em doutrina abalizada.[227] Essa ideia hoje está consagrada no texto, sob a redação do comentado art. 292, em seu § 3º: “O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não

corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes".

ATENÇÃO

Arguições sobre a incompetência relativa ou absoluta, a impugnação do valor da causa e mesmo a reconvenção, devem ser feitas na própria contestação.

18.5 PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Encerrado o prazo de resposta, os autos devem ser conclusos ao juiz para que se possa avaliar a necessidade de adoção das providências preliminares elencadas entre os arts. 337 e 353 do CPC/2015. Sua apresentação segue uma proposta didática para a compreensão da matéria, de sorte que não reproduzimos aqui, com fidelidade, a enumeração proposta pelo legislador.

18.5.1 Réplica

O termo réplica, hoje consagrado pela prática forense, é simples manifestação do contraditório, aplicável nas hipóteses em que o réu alega fato novo, capaz de influenciar a pretensão deduzida pelo autor. Observe-se que no exercício do direito de resposta, o demandado, inicialmente, deve resistir e impugnar todos os fatos afirmados na inicial, mas pode também aduzir fato novo, como, por exemplo, se verifica pela alegação da existência de uma dívida do autor para com o réu, nos casos em que a inicial afirma a existência do direito de crédito do demandante. Em outras linhas: de um lado temos a exordial, afirmando a existência de um direito de crédito, que para fins de exemplo pode estar mensurado na ordem de três mil reais; de outro, a contestação, que embora não negue essa afirmação, traz um fato novo, acerca da existência de uma segunda

dívida, desta vez, do autor para com o réu, equivalente a dois mil reais. Em função de a compensação ser uma das modalidades de extinção das obrigações, esse fato novo arguido pela defesa poderá afetar diretamente o destino do julgamento, e como sobre isso só se manifestou o réu, em sua contestação, deve o magistrado, em decorrência do contraditório, conferir prazo para que o demandante, querendo, se manifeste sobre a matéria.

A oitiva do autor, quer seja sobre fato novo alegado pelo demandado ou mesmo para responder à dedução de alguma questão preliminar, é garantida pelo contraditório, no prazo de 15 dias, permitindo-lhe ainda, como extensão dessa garantia, a produção de provas. Nesse sentido, dispõe o art. 351 do CPC que: “Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 dias, permitindo-lhe a produção de prova”.

Embora não haja regulamentação para o exercício da tréplica, sua vedação não se pode impor por ausência de previsão legal, mas, possivelmente, em decorrência da celeridade e estabilidade da relação jurídica processual, já que a adução alternada de fatos novos, com o respectivo prazo para o oferecimento de tréplicas, poderia comprometer a instrução processual. Em função disto, entendemos que, por motivos de ordem pública, o magistrado deve limitar o seu exercício.

18.5.2 Não incidência dos efeitos da revelia

Uma segunda providência preliminar, possivelmente adotada depois do prazo conferido para o exercício do direito de resposta, impõe ao juiz observação sobre a inocorrência dos efeitos da revelia, já que nem sempre a ausência de contestação autoriza a presunção da verdade sobre as alegações do autor, com base no art. 344 do CPC, ou mesmo, a fluência dos prazos sem intimação e o julgamento antecipado da causa.

No sentido do texto, preconiza o legislador, pelo art. 345 do CPC, que diante da não produção do efeito material, o autor promova a especificação das provas. Assim, por exemplo, versando o litígio

sobre direitos indisponíveis, ou quando a petição inicial estiver desacompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável para a prova do ato, ainda que o demandado não apresente contestação, a revelia não permite a incidência do efeito material, e em função disso, deve o autor especificar as provas que pretende produzir a fim de demonstrar a veracidade de suas alegações.

Outra circunstância prática se verifica quando há desídia ou inércia na entrega da contestação, em demanda que afirme existência de relação de paternidade, pois a hipótese não autoriza a presunção, com dispensa da instrução probatória e mesmo da produção de prova pericial, vez que a demanda traz consigo afirmação sobre a existência de direito indisponível. Cabe, pois, ao magistrado, nesse caso, comunicar o autor, por meio de intimação, para que indique as provas a serem produzidas a fim de certificar a veracidade de suas alegações. Ao quanto se pode constatar, essa providência preliminar se reporta apenas ao autor, e decorre, logicamente, da não produção do efeito material da revelia.

18.5.3 Das alegações do réu

A terceira e última das providências preliminares reguladas neste capítulo, sob o termo das alegações do réu, decorre de eventuais deduções sobre questões anteriores ao exame de mérito, elencadas no art. 337 do CPC/2015. Em razão da proposta didática deste curso, fazemos aqui uma breve retrospectiva das lições sobre o objeto da cognição. Afirmou-se na ocasião, que a cognição – enquanto técnica empregada pelo juiz para que diante dos fatos e alegações possa emitir uma decisão – contemplava, ao lado do mérito da causa – deduzido em juízo por ser elemento da ação –, também as questões preliminares e as questões prejudiciais. Estas, embora não impeçam o exame de mérito, afetam diretamente a cognição e seu resultado, vez que servem de fundamento para a decisão judicial. Sua relevância justificaria, com tranquilidade, a propositura de demanda autônoma, de sorte que sobre a questão se pudesse imprimir a segurança e a certeza da coisa julgada. Aquelas

compõem uma série de exigências ou requisitos de admissibilidade que devem ser observados, a fim de que a relação jurídica processual se estabeleça validamente e, com isso, se possa assegurar um juízo acerca do mérito.

Feitas estas considerações, podemos compreender que as alegações do réu, se aceitas, implicarão extinção do processo e, por essa razão, antes que se entregue a decisão, deve o magistrado disponibilizar o prazo de 15 (quinze) dias para a oitiva do autor, permitindo-lhe a produção de provas. Constatada a existência de vício sanável, a parte poderá dispor de prazo, nunca superior a 30 (trinta) dias para sua correção, caso em que se dará continuidade ao trâmite processual. Do contrário, tem-se a extinção.

Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade de sua adoção, diante do caso concreto, o juiz avaliará o estado atual do processo, observando as disposições expostas a seguir.

18.6 JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Vencidas as providências preliminares, quando assim exigir a peculiaridade do caso concreto, o procedimento comum poderá seguir dois caminhos distintos: extinção do processo ou julgamento antecipado do mérito.

A primeira possibilidade se afirma pelo art. 354 do CPC, que prevê a entrega de sentença para a extinção da relação jurídica sem a resolução do mérito, consubstanciada no art. 485 do Código de Processo, ou para as hipóteses ventiladas pelo art. 487, II e III.

Em termos práticos, pode-se concluir que a extinção, nessa fase do processo, se justifica por qualquer das hipóteses de sentença terminativa ou, sobre o mérito, quando houver homologação acerca do reconhecimento da procedência do pedido formulado na demanda originária ou na reconvenção; quando as partes transigirem ou quando for reconhecida a decadência ou a prescrição; e quando o autor renunciar ao direito sobre o qual se

funda a ação. Nesses casos, o comportamento das partes resolve o conflito, tornando desnecessária a produção de provas, vez que os fatos deixam de ser controversos.

Em verdade, com exceção dos casos de prescrição e decadência, ao que entendemos, temos uma espécie de autotutela, seja pelo comportamento do autor em renunciar, do réu em reconhecer a procedência, ou de ambos em certificarem um ponto comum para dirimir a resistência. Sobre esses comportamentos, portanto, a jurisdição limita-se aos aspectos formais, tão somente homologando decisão que antes fora produzida por posturas individuais.

Advirta-se, em decorrência da oportunidade, que se a decisão se referir a apenas parte das pretensões deduzidas em juízo, elencadas nesse caso pelos incisos I e II do art. 487, do CPC/2015, porque decisões parciais de mérito – já que não encerram o módulo cognitivo –, serão atacadas por agravo de instrumento, permitindo o exercício do duplo grau de jurisdição sobre o que já encontrou decisão judicial, ao tempo que mantêm, sob atividade cognitiva, as demais pretensões deduzidas e ainda não resolvidas.

18.6.1 Julgamento antecipado do mérito

Vencida a etapa anterior, passamos a avaliar a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, com entrega de decisão pautada pelo julgamento da pretensão deduzida. Com outras linhas: não sendo o caso de “extinguir-se” o processo sem resolução do mérito ou então de resolver o mérito da causa em consequência do comportamento adotado pelas partes, pelo conhecimento da prescrição ou decadência, deverá o juiz avaliar se a relação processual já admite a entrega de sentença sobre o mérito da causa, ou se necessário será o seu prosseguimento, com a prática de atos instrutórios para a produção de provas.

A previsão do julgamento antecipado do mérito, com regulamentação estabelecida pelo art. 355 do novo Código, dispõe que o magistrado deve proferir sentença, com a finalidade de encerrar o módulo processual de conhecimento, quando a questão

não reclamar dilação probatória, vez que a desnecessidade da audiência de instrução ou de outros atos cognitivos já não mais se justifica, autorizando, nesse momento, a entrega da decisão final sobre o mérito da causa. Pela mesma razão, autoriza-se a possibilidade de julgamento antecipado quando a revelia produzir o seu efeito material, vez que neste caso, como já observado em linhas anteriores, a presunção relativa de veracidade das alegações aduzidas pela inicial pode dispensar a dilação probatória. Em qualquer das duas hipóteses, portanto, o julgamento antecipado do mérito se impõe pela acepção tradicional da razoável duração dos processos, celeridade e efetividade. Destarte, o julgamento da causa, quando ela assim admitir, não traz consigo qualquer espécie de discricionariedade judicial, sendo dever do juiz proferir tempestivamente uma decisão para o caso concreto.

O julgamento, entretanto, pode não contemplar toda a extensão do mérito, sendo antecipado parcialmente, nas hipóteses em que apenas parte da pretensão mostrar-se incontroversa, ou quando não houver necessidade de produção probatória sobre algum dos pedidos deduzidos. Nesses casos, quer seja pelo julgamento não incidir sobre todos os pedidos deduzidos, quer seja pelo fato de a decisão não resolver o pedido em toda a sua extensão, tratar-se-á de decisão parcial, atacável por agravo de instrumento, pelas mesmas razões apontadas acima, no estudo das causas de extinção.

18.6.2 Saneamento e organização do processo

Superada a fase anterior sem que a peculiaridade da relação processual permita a extinção ou julgamento total ou parcial do mérito, a legislação estabelece, pelo art. 357, o saneamento e a organização. Trata-se, portanto, de duas decisões judiciais: a primeira se reporta ao saneamento, que declara a regularidade da relação processual, e a segunda, à organização, que limita o objeto da cognição e viabiliza a instrução.

As ações adotadas são: resolver as questões processuais eventualmente suscitadas; fixar os pontos controvertidos para de

imediato determinar quais provas serão produzidas na fase instrutória do processo; definir o ônus da prova e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

Havendo necessidade de prova oral, será designada audiência de instrução e julgamento, em acordo com o art. 357, V, do CPC. Sendo assim, o juiz determinará prazo comum, não superior a quinze dias, para que as partes apresentem o rol de testemunhas.

Se a instrução da causa reclamar a produção de prova pericial, deve o magistrado, sempre que possível, estabelecer o calendário para sua realização, ou, em decorrência do art. 465 do CPC, ao menos fixar prazo para a entrega do laudo.

Realizado o saneamento, a legislação disponibiliza para as partes, pelo art. 357, § 1º, prazo de cinco dias para que possam solicitar esclarecimentos ou requerer, fundamentadamente, possíveis ajustes. O pedido de esclarecimento é feito por simples petição, não havendo necessidade de manejo dos embargos declaratórios. O prazo para eventuais esclarecimentos é comum, pois corre simultaneamente para ambas as partes.

Findo o prazo, a decisão será estável, não sendo possível ao primeiro grau alterar o objeto da cognição, com ressalvas feitas para fatos supervenientes ou para as matérias suscitadas pela primeira vez, em momento posterior, que se possam conhecer a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Ressalte-se que a preclusão só ocorre para o juízo, não alcançando as partes no processo, que, em acordo com o art. 1.009, § 1º, do CPC, podem, suscitar as questões em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões, se resposta judicial proferida anteriormente não comportar agravo de instrumento.

Muito embora a adoção dessas providências não reclame a presença das partes, se a peculiaridade do caso apresentar complexa matéria de fato ou de direito, a legislação determina que o saneamento seja feito na presença das partes, que poderão colaborar com o saneamento e esclarecer suas alegações. Trata-se aqui do saneamento compartilhado, cuja previsão, nos termos do art. 357, § 3º, estabelece que: “se a causa apresentar complexidade

em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações". Com isso, ratificam-se as lições sobre o sistema cooperativo, a primazia do mérito e o contraditório, já declinadas pelas normas fundamentais.

A convocação para o ato se materializa pela intimação e não precisa, necessariamente, ocorrer na pessoa do réu ou do autor, podendo efetivar-se validamente pela comunicação do advogado, desde que este tenha poderes especiais para tanto.

Desde a propositura da demanda, a análise judicial sobre a regularidade da relação processual se exerce em razão de ordem pública. Assim, por exemplo, se a inicial apresenta vícios formais, o juiz, em decorrência do dever de cooperação, determinará a emenda da exordial, no prazo de quinze dias, com indicação específica do erro a ser corrigido, sob pena de extinção.

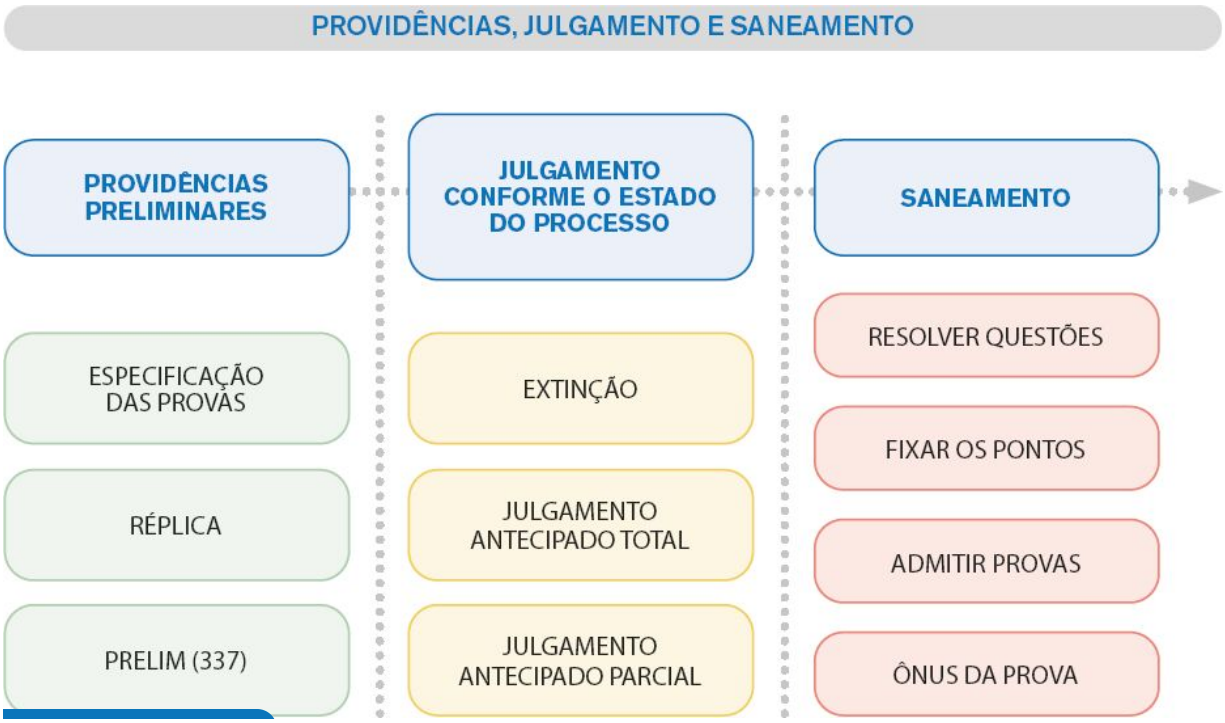
O que se quer aqui afirmar, é que a existência de vício, até esse momento, impediria o prosseguimento da marcha procedimental, aplicando-se para o caso as já mencionadas decisões de extinção sem resolução do mérito. Por essa razão, o legislador estabelece o saneamento do processo, que em verdade nada saneia, mas apenas declara a regularidade na constituição da relação jurídica processual, que se alcançou pela correção ou pela inexistência de vício que pudesse comprometer o seu prosseguimento.

A segunda finalidade nessa fase trata da organização e se reporta à delimitação do objeto da cognição, aqui representada pelas questões de fato e de direito sobre as quais incidirá a atividade probatória.

Atento aos requisitos da inicial, deverá o demandante especificar as provas que pretende produzir, a fim de demonstrar a veracidade de suas alegações. Para fins didáticos, basta imaginar o requerimento para a produção de provas documentais e testemunhais, respectivamente correlacionadas às alegações de dano material e dano moral. Considerando a possibilidade de a contestação reconhecer a prática do dano moral e negar a ocorrência do dano material, teríamos, dentre os dois pontos

aduzidos na inicial, controvérsia somente sobre a alegação do dano material. Dito de outra forma: somente a alegação de dano material encontra resistência, de sorte que apenas esse ponto resta controverso. Sendo assim, o magistrado, constatando a inexistência de controvérsia sobre a prática do dano moral, deverá indeferir a produção de prova documental, autorizando somente a produção das provas testemunhais requeridas na exordial. É dizer: como o ponto não é controverso, vez que o réu reconhece a veracidade da alegação, a produção de prova torna-se, evidentemente, prejudicada.

Ainda sobre o tema, preconiza o CPC/2015 a possibilidade de atuação judicial para definir a distribuição do ônus da prova. As disposições legais estão escritas no art. 373 do CPC/2015. Sua redação estabelece, para o autor, o ônus de provar fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa disposição, pelo que aqui se atestou quando do estudo do negócio jurídico processual, pode ser alterada pelas partes e também por ato judicial, nos casos previstos em lei, ou quando a peculiaridade da causa revelar a impossibilidade ou excessiva dificuldade.



ATENÇÃO

Em respeito à nova compreensão do contraditório – influência e não surpresa –, é necessário, além da fundamentação, que à parte seja conferida a possibilidade de desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído.

18.7 AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Seguindo a dinâmica do rito comum, após fixação dos pontos controvertidos, a determinação das espécies de provas a serem produzidas, e o ônus de produção, passamos ao estudo da audiência de instrução e julgamento, que se justifica, basicamente, pela necessidade das provas orais. Assim, não sendo alcançada a conciliação e havendo requerimento ou determinação de ofício para a oitiva de testemunhas, depoimento pessoal das partes ou prova pericial, o exercício da jurisdição reclamará a prática desse ato processual, cuja designação ocorre na fase anterior, de saneamento e organização.

A audiência de instrução e julgamento pode ser conceituada como ato complexo, vez que a identidade dos atos individuais praticados nesse ínterim, como a oitiva de uma testemunha ou o depoimento do réu, se soma para a concepção de um ato único, encarado como resultado da reunião dos atos individuais.[228] Sob esta perspectiva, a audiência de instrução representa ato único, necessário para a adequada certificação da relação jurídica afirmada em juízo pelo demandante, de sorte a viabilizar a entrega da decisão.

Observa-se, em decorrência da finalidade do módulo de conhecimento, que a instrução probatória se inicia com a propositura da demanda, vez que a petição inicial, sob o atual

regime legal, deve estar acompanhada dos documentos essenciais, o que, no momento seguinte desta obra, quando do estudo das provas em espécie, se afirmará como prova documental. Desta forma, muito embora a dinâmica da produção probatória se estabeleça desde o início, a audiência se afirma como momento oportuno para a realização das provas orais, e para um contato mais estreito do magistrado com os relatos acerca das afirmações deduzidas em juízo.

Enquanto ato complexo, praticado em exercício da função jurisdicional, a audiência geralmente ocorre sob a incidência do princípio da publicidade, e embora admita o fracionamento em sua dinâmica procedimental, deve ser encarada com unicidade. Dito de outra forma: a audiência de instrução é una, por isso, se a circunstância do caso concreto não permitir que o início e término se deem no mesmo dia, por razões de conveniência – como o adiantar da hora, por exemplo, em dia posterior, devidamente comunicado às partes –, a dinâmica procedimental retomará o curso da mesma audiência, não se repetindo atos individuais já praticados. Será, pois, a continuação da mesma audiência, que enquanto ato complexo congrega atos individuais, ainda quando estes sejam praticados em dias distintos.

Sobre a possibilidade de adiamento, estabelece o art. 362 do CPC/2015, em menção exemplificativa, que a audiência poderá ser adiada: por convenção das partes, caso em que só será admitida uma vez; se não puderem comparecer, por motivo justificado, quaisquer pessoas que devam necessariamente participar, tais como o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados; ou ainda, por atraso injustificado de seu início por tempo superior a trinta minutos.

Registre-se que a vagueza do termo “motivo justificado”, ao tempo que demanda prova do impedimento, permite a absorção das incontáveis possibilidades de ausência. Todavia, mesmo que comprovada e justificada a ausência com o posterior adiamento, a remarcação da audiência e os respectivos custos disto correm por conta de quem tiver causado seu retardamento.

A ausência injustificada autoriza eventual dispensa judicial das provas requeridas pela parte cujo patrono não compareceu, aplicando-se o mesmo tratamento dispensado à Defensoria e ao Ministério Público, no caso de ausência desmotivada de seu representante.

A condução da instrução probatória, nessa fase do processo, legitima o exercício do poder de polícia, pelo magistrado, para manutenção do decoro ou para a retirada de pessoas inconvenientes, a fim de emprestar efetividade à sua determinação.

Feitas as considerações gerais, passamos ao estudo do procedimento indicado pela legislação para a produção das provas orais.

De início, o juiz deverá imprimir esforços para possível conciliação, sem prejuízo do emprego anterior de outros métodos de solução consensual,[229] tomando por termo o resultado do acordo, se com isso concordarem as partes. Esse termo, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, caracteriza-se como sentença, de sorte a produzir os seus efeitos legais.

Superada a fase inicial de conciliação, determina a regra contida no art. 361 do CPC/2015 que as provas sejam produzidas, estabelecendo de início a oitiva do perito e dos assistentes técnicos, seguindo-se do depoimento pessoal das partes e em momento seguidamente posterior, da oitiva das testemunhas do autor e, por último, das testemunhas do réu. Sobre a ordem de produção das provas testemunhais, registre-se, em função da oportunidade, que a jurisprudência de há muito tem admitido a inversão da ordem, sem que isso represente qualquer afronta à regularidade da instrução processual.[230]

O comparecimento do perito ou de assistentes técnicos à audiência de instrução e julgamento só se fará necessário em razão do requerimento de qualquer das partes, o que hodiernamente se justifica pela especificidade do conhecimento prestado no laudo pericial. Sendo assim, a garantia do contraditório, enquanto possibilidade de manifestação, demanda auxílio de quem detenha a compreensão adequada e técnica da matéria, de sorte a viabilizar questionamentos e impugnações. Sobre o tema, dispõe o art. 469

do Código de Processo que: “As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento”.

Observada a dinâmica da instrução na produção de provas orais, o juiz concederá a palavra para cada um dos advogados das partes, e, quando for o caso, também ao Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 minutos. Esse prazo, a critério judicial, pode ser prorrogado por mais 10 minutos. Sobre o tema, no entanto, se fazem necessárias duas considerações. O § 1º do art. 364 do CPC/2015 não duplica o prazo diante dos casos de litisconsórcio ou terceiro interveniente. Nessa circunstância, o prazo, que aqui é computado pelo tempo regular de 20 minutos mais os 10 minutos da prorrogação, totalizando, ao final, 30 minutos, deve ser compartilhado, equitativamente, pelo número de sujeitos integrantes do polo da relação processual, se não houver convenção entre eles para dispor do tempo de forma diferente.

Versando a causa sobre questões complexas, poderá o juiz determinar a substituição dos debates orais pela entrega de razões finais escritas, em prazos sucessivos de 15 dias, assegurando-se a vista dos autos. A entrega de prazos sucessivos traduz uma alteração do sistema anterior, no qual o prazo para a entrega era comum e, portanto, corria em cartório, simultaneamente. Entendemos que essa nova praxe forense melhor se adequa ao exercício da defesa, vez que, nos debates orais, a defesa se manifesta após a exposição do demandante, o que não ocorria no Código revogado, com a entrega conjunta das razões finais.

A audiência, enquanto ato público, pode ser integralmente gravada em imagem e áudio, desde que se assegure às partes e órgãos julgadores o acesso. A gravação também pode ser realizada diretamente pelas partes, independentemente de autorização judicial. A difusão desse registro, entretanto, deve observar os limites da lei, a exemplo das causas em que a publicidade é restrita por segredo de justiça.

Encerrados os debates orais ou apresentados os memoriais, o juiz deve proferir sentença, no prazo impróprio de trinta dias, o que

significa, em termos práticos, que o descumprimento disso não implica preclusão.

[223] Em respeito ao quanto aqui se afirmou sobre o conceito de norma (resultado da interpretação) e a adoção de textos com baixa densidade semântica, ousamos discordar, ainda que parcialmente, deste "provérbio jurídico" (*iura novit úria*). Primeiro, em função de o Direito não ser o resultado da convicção pessoal do julgador. Segundo, porque a incidência de princípios frente ao caso concreto, que no Brasil acontece pela técnica da ponderação, na prática, serve de argumento teórico para legitimar discricionariedades. Por isto, entendemos, a contrário do senso comum, que a causa de pedir deve indicar possíveis regras ou princípios a incidir no caso, demonstrando, desde logo, possíveis limites semânticos para o texto, decorrentes da tradição jurídica, que aqui se pauta pelo vetor da integridade.

[224] Essa opção, no entanto, não elide a possibilidade de que outras classificações se façam reais no cotidiano acadêmico, visto que todo produto de classificação doutrinária revela a escolha do autor e, em função disso, também apresenta mais de uma possibilidade.

[225] "Art. 106. Quando postular em causa própria, incumbe ao advogado:

I – declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e o nome da sociedade de advogados da qual participa, para o recebimento de intimações;

II – comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço.

§ 1º Se o advogado descumprir o disposto no inciso I, o juiz ordenará que se supra a omissão, no prazo de 5 (cinco) dias, antes de determinar a citação do réu, sob pena de indeferimento da petição.

§ 2º Se o advogado infringir o previsto no inciso II, serão consideradas válidas as intimações enviadas por carta registrada ou meio eletrônico ao endereço constante dos autos".

[226] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005. p. 134.

[227] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I, p. 346.

[228] Semelhante raciocínio já fora empregado nesta obra para apresentar um dos conceitos contemporâneos do processo, afirmado, na ocasião, como ato jurídico complexo.

[229] Contrariando a previsão legal, afirmamos que a arbitragem não é meio consensual de resolução de conflitos, como dispõe o art. 359 do CPC.

[230] *RSTJ* 79/238.



19.1 PROVA, VERDADE E CONSENSO

Desde o início dos tempos, a prova se correlaciona com a percepção da verdade, sendo indissociável para a compreensão do mundo e de nossas experiências. Tecnicamente, a definição de prova atrela-se a tudo aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de algo, demonstrado com evidência.

A repercussão jurídica dessa compreensão é elementar para o exercício da jurisdição, vez que o módulo de conhecimento se pauta basicamente pela prática de atos cognitivos. Assim, a investigação dos fatos e sua consequente comprovação, ao tempo que legitimam a atuação judicial diante do imaginário social, viabilizam a incidência da norma sob o caso concreto.

Seguros de que a compreensão da verdade se impõe sobre a percepção de mundo, e de que isto se coloca em patamar mais amplo que as pretensões e limites do ordenamento jurídico, passamos a avaliar, ainda que brevemente, como as correntes filosóficas têm tratado do tema ao longo da história, a fim de identificar as influências de suas conclusões sobre a finalidade da prova e a delimitação da verdade, sob o contorno processual.

Já houve época em que a verdade se atrelava à essência das coisas. Tempo em que o pensamento metafísico-aristotélico afirmou

uma relação de sujeição do homem ao objeto, sob a premissa de que as coisas possuiriam em si o seu próprio sentido. O papel da filosofia, sob essa perspectiva, consistiria na busca da verdade essencial. Essa corrente intelectual, que ainda hoje exerce forte influência sobre o estudo da prova, permite expressões como: a real finalidade da lei, o real sentido da norma, o verdadeiro espírito do legislador.

No sentido do texto, Mittermaier vai dizer que:

> Esta visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão do conhecimento, o direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e o processo continua apoiando-se nesta vetusta ideia para legitimar sua função.[231]

Essa concepção, ao que se quer afirmar, afasta qualquer ingerência do homem na percepção e interpretação do Direito, que tão somente levanta o “véu de sentido” a fim de revelar a essência das coisas. Esta é, pois, uma realidade previamente definida e definitiva para o homem. Forma-se, assim, no imaginário jurídico, a falsa constatação de limites de sentido para a linguagem, costumeiramente definidos pelos tribunais superiores, como se uma espécie de “teto hermenêutico” pudesse se estabelecer para a interpretação em razão da essência das coisas.

Crer nessa essência natural das coisas, a ser descoberta pelo sujeito, seja por meios técnicos procedimentais ou raciocínios dedutivos, embora confortável para a suposta comprovação do fato e aplicação do direito objetivo, conduz, de certa forma, apenas ao conhecimento de algo que já está no texto, como se os conceitos pudessem nos conduzir apenas a um único significado. Constata-se, portanto, que para a metafísica clássica, a verdade se alcança pela

captação adequada da essência das coisas, relegando à linguagem um papel comunicativo secundário no processo de conhecimento.

A esteira dessa corrente filosófica nos remete aos ideais aristotélicos existentes desde o século IV a.C., há muito superados pela hermenêutica filosófica, com repercussões diretas para a compreensão da verdade e o objeto da prova, pois, defender ainda hoje uma verdade real sob o enfoque metafísico-aristotélico é afirmar um ideal de exatidão sem que com isso se tenha qualquer compromisso com o caso concreto ou com a retomada da faticidade. Não se pode imaginar, nesta quadra da história, que sob a multiplicidade da vida e da complexidade social, sejamos reféns de sentidos exatos e previamente delimitados, sem com isso inviabilizar qualquer esperança de efetividade constitucional, já que a proposta de isonomia substancial não conjuga singularidades hermenêuticas na delimitação semântica dos princípios e direitos fundamentais.

> Cai por terra, assim, a teoria objetivista (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto sociopráticо em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica.[232]

Em resumo desta primeira fase, pode-se dizer que: na metafísica clássica, as coisas trazem em si o seu próprio sentido. Nesse mundo, o sujeito está assujeitado pela coisa. A linguagem é secundária no processo de conhecimento, vez que traduz sentidos

já previamente determinados e serve apenas para a comunicação. Essências predefinidas e imutáveis afirmam ideais universais, e emprestam fundamentação a ideais religiosos e ao homem medievo.

Romper com essa tese, que ao final da época medieval ainda serve como fonte de legitimação, calcada no ideal grego de busca de verdades universais, ao tempo que afirma um novo centro de poder, fundamenta também o arcabouço teórico para a formação convencional do Estado absolutista, que ao quanto aqui já se pôde demonstrar, nas primeiras linhas deste curso, decorre do pacto racional e motivado dos indivíduos. É dizer, de forma mais direta: o pacto para a formação do Estado absolutista em muito decorre das correntes nominalistas de Hobbes e do conceitualismo de Locke, na exata medida em que afirmam teses contratualistas, estabelecendo uma nova unidade de poder, mediante o pacto de cada homem, que transfere a um único ente o direito de governança, por meio de uma deliberação coletiva.

Nesse sentido é que o nominalismo de Guilherme de Ockham[233] se contrapõe ao ideal de universalidade, inaugurando assim uma subjetividade, a ser exercida pelo indivíduo com amplo espectro de atuação e força diante dessa nova percepção de mundo. Negam-se os conceitos dados das coisas, rompendo-se com as posturas metafísico-essencialistas, para defender a subjetividade do homem e o consenso racional como fonte legitimadora do Estado moderno. As repercussões jurídicas disto são evidentes, pois as teses realistas, que na época medieval entregavam o comando das coisas a uma razão divina, assentam-se agora na vontade do homem. A essência da lei, portanto, agora reside na vontade do homem, que, de certa forma, torna-se “legislador”.

Não por outro motivo, processualistas da ordem de Liebman afirmam que “julgar” consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado. Essa valoração, feita com amparo do direito objetivo vigente, determina, em corolário, a norma concreta a reger o caso.[234]

Observa-se, de fato, que a relação objeto-sujeito é radicalmente alterada, de sorte a privilegiar a subjetividade assujeitadora do

homem. Os sentidos, nessa nova ordem, deixam de estar nas coisas e passam a residir na mente do indivíduo. Em arremate, conclui-se que o homem deixou de estar assujeitado pela essência das coisas e pelo ideal de verdades universais, e passou a ser assujeitador dos sentidos.

Deve-se ainda registrar, que, para as correntes contratualistas, a linguagem ocupa lugar de destaque, pois se apresenta como veículo necessário à comunicação entre os homens e para a formação de um consenso racional.

Essa virada paradigmática de superação do essencialismo mais tarde sofre as influências da filosofia iluminista, e efetiva-se com Descartes, sob o ideal liberal-individualista de mundo, afirmando a verdade como o resultado de procedimentos técnicos e adequados ao correto uso da razão.

Sob essa perspectiva, a verdade, enquanto finalidade da produção probatória, torna-se uma questão acerca do uso seguro da razão, e não por acaso, vai atrelar-se ao método científico com o qual trabalham as ciências naturais, em franco desenvolvimento na modernidade. Com linhas mais simples: a questão acerca do que é verdadeiro abandona a referência aristotélico-essencialista, e passa a discutir o procedimento como mecanismo técnico para a aferição da certeza. Inaugura-se, com isso, a metafísica moderna, em que o uso correto da razão passa a ser o caminho seguro para a concepção da verdade.[235]

Consequência disto para o ordenamento jurídico: o Estado liberal, convenientemente, passa a se preocupar com métodos e procedimentos, desindexando dos textos constitucionais qualquer compromisso com a faticidade. O Direito, enquanto ciência, preocupa-se com a técnica, em detrimento dos valores sociais. Na seara processual, corroboram-se divisões da verdade, atribuindo ao processo civil a responsabilidade para a persecução de uma verdade formal, pautada no procedimento e limitada às alegações e fatos afirmados durante a instrução, enquanto o processo criminal passa a se preocupar com a verdade material, autorizando o juiz, quando necessário, a apurar e verificar fatos não contemplados na instrução penal, se disso puder se colher a verdade dos fatos.

Conjugam-se, assim, a subjetividade do intérprete na valoração das provas e o método racional, para emprestar certeza ao resultado dessa equação. A prova, portanto, destina-se a formar convicção no âmago do julgador a respeito dos fatos controversos no processo, sem que isso autorize arbitrariedades, vez que, *ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema.*[236]

Essa relação da verdade com o processo, entretanto, não se dá de forma inexorável, vez que o método procedimental para a constatação dos fatos sobre limitações constitucionais, em razão dos direitos fundamentais, tais como a intimidade, privacidade e dignidade. Há, portanto, uma contradição evidente entre a finalidade da produção probatória e o sistema adotado para a sua persecução.[237] Não por outro motivo, inadmitem-se provas obtidas por meios ilícitos e, em alguns procedimentos, restringem-se os meios de provas a serem produzidas. Isto, ao que me parece, se justifica em função de duas premissas: primeiro, a concepção da verdade não nos é garantida imperiosamente pelo método; segundo, a subjetividade do homem não nos permite trabalhar com um único resultado, ainda que sob balizamentos cartesianos.

Nesse sentido, Marinoni vai dizer que:

> Não é preciso muito esforço mental para notar que o conceito de verdade no processo (e subsequentemente, dos institutos processuais que com ela operam) não pode afastar-se da ideia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento (em uma perspectiva mais moderna). Em outros termos, a questão da verdade (e, assim, da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto).[238]

Supera-se, assim, a convicção iluminista da verdade absoluta pela metafísica moderna, o que nos autoriza a concluir por uma finalidade judicial desindexada da certeza universal e absoluta.

19.2 PROVA E CONSENSO

Superado (?) esse paradigma iluminista da subjetividade assujeitadora do intérprete,[239] a delimitação semântica da prova passa a conjugar teses discursivas com clara finalidade de convencimento retórico. O diálogo, enquanto instrumento para a comunicação dos sujeitos, durante o exercício da jurisdição, serve como instrumento para convencer as outras partes envolvidas acerca de determinado fato.

A prova, sob essa perspectiva, é o resultado de um procedimento racional e discursivo, que, para além das convicções pessoais do intérprete, se projeta na relação jurídica como pretensão de validade, de sorte a convencer os demais interlocutores. Em linhas mais simples: a interpretação do homem sobre o fato, com inegável carga de subjetividade, é submetida ao contraditório e passa pela percepção dos outros indivíduos, de sorte a confirmar que uma percepção individual dos fatos se aproxima das demais interpretações possíveis para o caso. Destarte, não se provam fatos, mas suas versões.

Os reflexos dessa corrente filosófica para o objeto da prova e a instrução processual são evidentes, vez que para as teorias discursivas e em especial a teoria habermasiana, as pretensões de validade ficam suspensas durante a dilação probatória, afirmando-se ao final como legítima, pelo diálogo desenvolvido na relação jurídica processual. Assim, pode-se mesmo afirmar, que a “verdade jurídica”, para os sujeitos do processo é alcançada, não mais pela descoberta da essência das coisas, nem pelo juízo arbitrário do sujeito iluminista,[240] mas como consequência de uma ação comunicativa, voltada para a formação do consenso racional e motivado, que ao final pode corroborar a visão de mundo afirmada por uma das pretensões iniciais.

Em uma de nossas experiências acadêmicas, procuramos demonstrar isso na graduação, por meio de uma breve atividade descritiva. Na ocasião, usávamos uma blusa de botão (que para mim era da cor salmão). No início da aula, solicitei a dois dos estudantes que descrevessem a peça, advertindo-os de que isto seria parte da lição. Ao nos defrontarmos com a interpretação de cada um dos dois indivíduos envolvidos, constatamos que para o primeiro aluno, simpatizante da matéria processual, a blusa era da cor salmão, bem cortada, de oito botões e com bom caimento. Já para o segundo aluno envolto na dinâmica descritiva, a mesma blusa era rosa, desbotada, amassada e já precisava ser trocada.

O fato, e isto parece ontológico, consistia no uso de uma camisa de botão. Todavia, a forma como esse fato é interpretado pela subjetividade do intérprete vai sempre conjugar a diversidade de resultados, a diversidade de normas.[241] Destarte, ao serem questionados sobre a cor da camisa e suas especificidades, obviamente encontramos versões diferentes.

Dentro dessa relação, o objeto da prova reside na pretensão de validade asseverada pelos interlocutores, que querem fazer valer suas percepções de mundo, ainda que de forma pontual, durante a relação jurídica processual. Sendo eu o “juiz” dessa causa, restou-se provado, por meio do discurso que considera uma situação ideal em que todos os envolvidos se encontram equiparados na dinâmica da argumentação e defesa de suas percepções, a validade da pretensão que versava sobre a cor salmão, afastando-se com isso a pretensão do segundo interlocutor.

Retomando-se a esteira filosófica, verificamos que, dentre outras correntes discursivo-procedimentalistas, a teoria da ação comunicativa habermasiana, que no Brasil exerce forte influência sobre a produção e interpretação dos textos jurídicos, desenvolve, como referência para a percepção de conceitos, o uso de uma razão prática para a formação de um consenso racional, dialético e social.

Sua tese apresenta um novo espaço de interlocução para a formação do sentido, desalojando, como centro gravitacional da semântica, o indivíduo, que agora submete sua percepção de mundo à necessidade de adesão de outros interlocutores. Almeja-

se, com isso, alterar a relação assujeitadora do homem, abandonando-se, pretensamente, o esquema sujeito-objeto, para adotar, pela interlocução, uma relação de sujeito-sujeito que se constrói e desenvolve sem sentidos previamente determinados e em condições ideais de fala.

Segundo as precisas lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz,[242] essa situação ideal de fala deve observar:

a) igualdade de chance no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso, incluindo aqui o direito de proceder a interpretações, fazer asserções e pedir explicações de detalhamentos sobre a proposição, dissentir, bem como de empregar atos de fala regulamentativos;
b) capacidade dos participantes de expressar ideias, intenções e impressões pessoais.

Para a tese habermasiana, portanto, o debate democrático ocorre em condições ideais, nas quais se encontrariam seus participantes, não se apresentando no mundo como fenômeno empírico. Em verdade, faz-se uma suposição necessária, que a razão estabelece no início de um discurso argumentativo, para legitimar o resultado normativo, o que evidentemente, para essa tese, se entrega pelo procedimento de construção do diálogo. Assim, mesmo sem desconsiderar os frequentes desentendimentos e entraves na comunicação entre os falantes, permanece inalterada a premissa para quem se dispõe a falar, qual seja, a que seu interlocutor vai compreender o que lhe foi dito.

Essa nova perspectiva torna-se extremamente influente durante a reconstrução dos ordenamentos pós-modernos, na medida em que a concretude de textos jurídicos vagos e indeterminados, agora presentes nos textos constitucionais perpassa pela necessária discussão e amadurecimento do sentido. Este último, ao que vimos, já não é mais fruto do entendimento individual, mas sim o resultado de um consenso racional, prático, ideal e coletivo.

De fato, enquanto para o positivismo exegético e normativo do Estado liberal a impossibilidade de controle do sujeito solipsista relegou para segundo plano o problema da aplicação do direito, a teoria do agir comunicativo, nesse ponto, destaca-se pela correlação entre a formação da norma, nesse momento empregada como o fruto da interpretação, e a possibilidade de participação da coletividade. Exemplo didático dessa influência filosófica nos é entregue pela prática de audiências públicas, realizadas recentemente pelo STF, no julgamento da Lei de Biossegurança (ADI 3.510) e dos fetos anencéfalos (ADPF 45), vez que a prática desse ato processual entregou, por meio de procedimento previamente estabelecido, o exercício do contraditório.[243] Assim, diversos segmentos da sociedade se manifestaram sobre a delimitação semântica da origem da vida.[244]

As influências desta filosofia habermasiana sobre a teoria geral da prova são evidentes, com consequências diretas sobre seu objeto e procedimento. Necessárias, portanto, estas breves considerações.[245]

Em arremate desta imersão filosófico-processual, observamos algumas críticas à Teoria da Ação Comunicativa, e apresentamos as lições de Hans-Georg Gadamer para a hermenêutica jurídica, com repercussões objetivas sobre a percepção do fato e sua dedução judicial.

Ao quanto aqui já se pôde demonstrar, a trilha do desenvolvimento intelectual sobre a percepção da verdade sempre trouxe contribuições significativas para a seara processual, que em decorrência da matriz filosófica já adotou referenciais metafísico-aristotélicos, cartesianos e metodológicos, para mais modernamente trabalhar com a interlocução democrática das partes envolvidas, a fim de validar as versões interpretativas do fato, dentro da dinâmica processual.

Essa vertente mais atual da hermenêutica, que defende o uso do procedimento argumentativo a ser empregado na persecução da verdade;[246] de um lado considera as pretensões de validade dos interlocutores sob a dinâmica do contraditório e da isonomia, mas, de outro, reproduz, ainda e mais uma vez, versões individuais de

mundo, que apenas se confrontam durante a relação jurídica processual, a fim de formar o convencimento judicial e embasar a decisão, por critérios racionais.[247] Dito de outra forma: ao que nos parece, a Teoria da Ação Comunicativa não supera por completo o ideal liberal-individualista da filosofia da consciência, pois enquanto objeto da prova, as versões sobre o fato deduzidas em juízo trazem em si percepções solipsistas. Em linhas mais simples: diante da impossibilidade de se alcançar a verdade por meio do procedimento racional-metodológico, a hermenêutica filosófica assume um caráter relativista, pois passa a estabelecer regras e procedimentos para a interpretação, de sorte a validar pretensões individuais que se encerram nos limites da relação em que se travaram os discursos.

Ao final, se pode identificar uma fusão entre a ontologia fundamental, retomada pela absorção jurídica da faticidade, e o procedimento argumentativo. Isto nos coloca uma contradição evidente, vez que a teoria habermasiana para a obtenção do consenso é epistemológica e trabalha com uma situação ideal de fala, e, ao mesmo tempo, procura considerar a faticidade e seu caráter ontológico.[248]

Esse papel privilegiado que se reconhece para as condições ideais de fala na apuração e percepção da verdade argumentativa, ao final, pode afastar o conteúdo dos direitos fundamentais, comprometendo desta forma a cumplicidade inexorável entre processo e Constituição.[249] É dizer, em arremate: como exigir a aplicação da teoria habermasiana durante a instrução processual, em uma audiência, por exemplo, se as condições ideais de fala não se reproduzem no mundo empírico? Ainda que sejam asseguradas tais condições, a fundamentação da decisão, pautada pela percepção argumentativa de validade da pretensão deduzida não estaria desindexada do conteúdo?

Estas, portanto, são as críticas e considerações que fazemos, ainda que brevemente, à teoria argumentativa para a delimitação do objeto da prova. Inegável o refinamento da tese, que já no nosso tempo influencia fortemente a doutrina nacional. Todavia, não se pode também deixar de apontar o que nos parece estar em

contradição e descompasso com a efetividade dos direitos fundamentais e a viabilidade da instrução processual.

Em consequência do que aqui se expôs sobre a influência da filosofia para a percepção da verdade e da instrução processual, parece evidente que a fase atual emprega um procedimento racional para que se alcance, pela reconstrução dos fatos, então representados por interpretações pessoais de mundo, uma validação dialética, decorrente da argumentação equilibrada das partes no processo. Ao final, o objeto da prova reside sobre alegações acerca de fatos, que, pelo caleidoscópio individual do homem, apresentam em juízo uma pretensão subjetiva dos acontecimentos.

Não se supera, portanto, a ingerência iluminista do sujeito pensante em si mesmo, que ainda hoje se apresenta durante a instrução probatória, como senhor dos sentidos, afirmando, pela ação comunicativa, uma dimensão plural de sua individualidade, sem com isso suplantar o esquema sujeito-objeto.

19.3 UM CONCEITO DE PROVA

Com base nessas lições, podemos constatar que a questão da prova assume significados plurívocos, não se limitando à esfera judicial nem, tampouco, se encerra na seara processual, vez que sua correlação com a delimitação da verdade não se faz sem boa base de conhecimento filosófico. Dito isto, podemos definir a prova, dentro da perspectiva jurisdicional, como o resultado de um procedimento retórico, previsto antecipadamente no ordenamento com amparo nos mandamentos constitucionais, e que sob as premissas da racionalidade, equipara contrafaticamente as partes da relação jurídica processual, a fim de que possam validar suas pretensões hermenêuticas.

Necessária é a observação de que a prova não se confunde com os meios de provas admitidos dentro desse exercício dialético, para a validação das percepções de mundo deduzidas em juízo. Não se apresentam como prova, portanto, as técnicas documentais,

testemunhais, periciais e as demais espécies admitidas pela legislação processual.

Observa-se também, que a verdade, enquanto objeto da prova, não reside na essência das coisas nem decorre do exercício arbitrário e individual de quem descreve a ocorrência do fato, pois essa pretensão deve se submeter ao exercício da comunicação com os outros sujeitos do processo. É dizer: a realidade não reproduz fatos pretéritos, mas apresenta versões subjetivas, que, submetidas ao contraditório, podem afirmar-se válidas com o término da instrução processual.

Retomando-se aqui o diálogo com a faticidade, pensemos no exemplo do constrangimento de determinado consumidor, que, na saída do supermercado se vê abordado por seguranças em função do alerta automático de algum dispositivo de segurança. A ocorrência do fato é real, e sobre isto não parece haver maiores divergências. Todavia, a interpretação desse fato acontece em horizontes diferentes de percepção, de sorte que a pretensão (versão) assume, fatalmente, destinos divergentes. Por esse motivo, a empresa irá deduzir em juízo a alegação de que o fato se resumiu a mero constrangimento, sem que com isso caracterize dano moral, e para tanto vai requerer a produção de prova testemunhal. Do outro lado, sustenta o consumidor, sob a sua ótica individual, que o disparo do alarme e a posterior abordagem do segurança lhe causaram grave constrangimento, configurando com isso o dano moral e sua consequente necessidade de reparação, requerendo a mesma espécie de procedimento para a validação de sua pretensão, qual seja: a via testemunhal.

A instrução probatória, sob esta ótica, não se presta (nem se pode propor) à reconstrução dos fatos, restando para o magistrado avaliar as interpretações individuais e submetê-las ao exercício dialético, de sorte a legitimar a atuação judicial e com isso conferir validade a uma versão, ainda que para tanto não se alcance o consenso dos interlocutores.

19.4 OBJETO DA PROVA

Estabelecida a premissa sobre o conceito da prova no âmbito judicial, passamos a identificar seu objeto. Em virtude do quanto já afirmado em linhas anteriores, podemos sustentar que o objeto da prova reside na afirmação sobre o fato. É, portanto, sobre as interpretações deduzidas em juízo que se concentra a instrução probatória, a fim de imprimir validade a um resultado hermenêutico. A validação de uma versão sobre os fatos não alcança a universalidade, vez que o exercício dialético se faz para as partes da relação jurídica processual. Ademais, há limites procedimentais para que se autorizem conclusões judiciais. Por isto, é *necessário estar ciente das limitações da prova, o que certamente conduzirá à formação da consciência da impossibilidade da eternização de sua produção para um utópico e impossível encontro da "verdade". Logrando-se, daí, maior efetividade ao processo.*[250]

Nem todo procedimento para a produção da prova é permitido pelo ordenamento jurídico, vez que a carta constitucional não tolera o emprego de meios ilícitos, tais como o emprego de escutas clandestinas ou meios semelhantes, que, empregados em violação da intimidade e privacidade do homem, não se reproduzem com naturalidade na relação processual.

Além disso, deve-se observar que o emprego do método científico para a aferição das versões não autoriza qualquer resultado, pois isto repristinaria ideais iluministas de há muito superados pela virada filosófico-linguística. Com linhas mais simples: a prova, enquanto resultado hermenêutico válido sobre os fatos, não autoriza a validação de qualquer pretensão. Assim, por exemplo, não se pode validar a pretensão de propriedade de bem imóvel, sem que para tanto se estabeleça um procedimento documental, por meio da apresentação tempestiva da escritura pública do bem. Da mesma forma, não se validam versões de paternidade biológica em desacordo com os procedimentos periciais e testemunhais.

Deve-se, portanto, adequar a pertinência do procedimento como parâmetro para a razoabilidade e proporcionalidade da conclusão sobre as versões afirmadas em juízo.

As alegações deduzidas em juízo podem ser classificadas, em função dos fatos, como primárias (diretas) ou secundárias. As alegações primárias, que devem acompanhar a petição inicial e também a contestação, reportam-se aos acontecimentos verticalmente correlacionados com o mérito do processo. Assim, por exemplo, em uma ação que deduza em juízo o pedido de reconhecimento da paternidade afetiva, a existência do vínculo afetivo é objeto direto e essencial da instrução probatória. As alegações secundárias, por sua vez, descrevem fatos indiretos com possível repercussão sobre o convencimento judicial. Essas versões secundárias, embora não precisem ser alegadas pelas partes, vez que podem ser acolhidas de ofício pelo juiz, podem ser objeto da prova, quando relevantes e pertinentes para a instrução do processo.

Ressalta-se ainda que, hodiernamente, não se faz prova do direito, com exceções dispostas para os direitos municipais, estaduais, estrangeiros[251] e consuetudinários; pois ainda hoje trabalhamos com a premissa de que o juiz conhece o Direito e, em função disto, estaria apto a interpretar seus contornos semânticos, verificar a incidência para o caso concreto e garantir sua aplicação em prol da efetividade. Assim, se a competência de um determinado órgão, em função da competência territorial, se identifica com os limites da cidade de Teresina, a juíza estadual que esteja atuando na cidade, deve conhecer as leis municipais e também as leis do Estado do Piauí. Essa disposição, no entanto, não se aplica para municípios e Estados outros, vez que diversos daquele onde se afirma a atuação da magistrada. A prova de leis que não sejam locais (estaduais e municipais), portanto, deve ser feita pela juntada do *Diário Oficial* ou por meio de certidão.

Uma vez mais afirmando a necessidade de atualização, defendemos que a adoção de princípios e o correlato emprego de termos vagos para viabilizar a defesa da faticidade colocam para o magistrado uma responsabilidade consideravelmente maior que a de empregos herméticos e cartesianos de regras e textos com alta carga de densidade semântica. Com outras palavras: ao se identificar a pertinência de um princípio, conceito jurídico

indeterminado ou cláusula geral a tangenciar o Direito aplicado no caso concreto, devemos flexibilizar essa presunção e intensificar o exercício do contraditório, a fim de que as partes possam contribuir democraticamente com a concepção da norma, que aqui se identifica como o resultado da interpretação.

19.5 ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova tem seu regramento estabelecido no já mencionado art. 373 do CPC/2015, nos termos de que o autor prove fatos constitutivos do seu direito, e o réu, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Dessa redação se extraem aspectos subjetivos e objetivos sobre o ônus da prova. O ônus subjetivo demonstra qual das partes deve assumir uma postura ativa, a fim de apresentar uma versão sobre fatos controvertidos e lhes emprestar validade, ao final do procedimento. Assim, se o autor afirma ser titular de um direito de crédito em face do réu, deve convencer as partes da relação processual sobre a validade dessa afirmação. O réu, por sua vez, deve negar a ocorrência do fato, o que se convencionou chamar de contraprova, ou, uma vez admitida a situação fática deduzida na inicial, observar o ônus da prova sobre fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Adotando-se como referência uma ação de cobrança, pautada em contrato de mútuo, podemos exemplificar as hipóteses de defesa na seguinte linha: negando-se o fato constitutivo do direito do autor, se questiona a existência do contrato; arguindo-se o pagamento da dívida, estará o réu trazendo fato extintivo do direito de crédito; sustentando a presença de vício na formação da vontade, se fará opção pela alegação de fato impeditivo; e, por fim, afirmando-se a efetuação de pagamento parcial, fará o réu afirmação sobre fato modificativo.

O ônus objetivo, por sua vez, se identifica como regra de julgamento para a causa, e deve orientar a decisão judicial pelas referências da coerência e integridade do ordenamento jurídico. Com isto, se quer afirmar que a inobservância do ônus subjetivo

deve ser considerada pelo juiz na criação da norma, em acordo com as regras e também com as diretrizes de nossa tradição jurídica. Por essa razão, se o autor, por exemplo, deduz em juízo um pedido de reivindicação de propriedade imóvel, e para tanto faz alegação sobre fato constitutivo do seu direito, deve acostar a escritura pública, que, nesse caso, significa a adoção de procedimento documental para a formação da convicção judicial. Uma vez desrespeitado esse ônus subjetivo, o ônus objetivo, enquanto regra de julgamento deve implicar extinção do processo sem resolução de mérito, vez que a inicial estava desacompanhada de documento essencial.

No sentido do texto, podemos afirmar que a incidência do ônus se justifica muito mais em função da adequada instrução probatória – que ao quanto aqui já se afirmou, traduz a adoção de um procedimento racional e dialético –, do que de ordens estabelecidas para sua produção. Por essa razão, o magistrado deverá, sem prejuízo do contraditório, atribuir diversamente o ônus de produção da prova, se a peculiaridade do caso concreto revelar excessiva dificuldade ou mesmo a impossibilidade de cumprimento dos encargos probatórios. Essa possível inversão, por tudo o que aqui já se disse acerca da discricionariedade judicial, não pode se dar a toda ordem. É preciso que a alteração decorra de decisão fundamentada, com prévio aviso das partes, sob as hipóteses ventiladas na legislação ou consagradas pela tradição, em complemento das regras procedimentais. Não se pode admitir, portanto, que a inversão do ônus da prova decorra do convencimento individual, ainda aquando a causa não demonstrar razões para a alteração.

De outro lado, devemos também considerar, em função do já comentado negócio jurídico processual, que eventual proposição das partes sobre a dinâmica da instrução probatória e sobre os ônus de sua produção é admitida por convenção, desde que não recaia sobre direito indisponível ou torne excessivamente difícil o exercício desse direito.

19.6 PODERES INSTRUTÓRIOS

A atuação judicial deve observar o ônus probatório estabelecido por lei ou convencionado pelas partes; no entanto, sua convicção não se deve formar em descompromisso com as peculiaridades do caso. Dito de outro modo: não se deve admitir uma cisão entre as ocorrências fáticas e o procedimento, assim como também não se dividem questões de fato e questões de direito. Por isto, a produção da prova, com respeito ao procedimento, não assegura a procedência do pedido ou mesmo a validação da versão apresentada em juízo, sem que para tanto se considerem as influências da faticidade. Em linhas mais simples: o estabelecimento do ônus da prova se justifica pela melhor convicção judicial, e por esse motivo, ressalta-se a vertente subjetiva acima mencionada, pois, para além de qualquer espécie de verdade real (nunca se soube bem o que isso quer dizer), o que se quer, ao final, é estabelecer parâmetros para que as percepções individuais de mundo sejam submetidas ao contraditório e possam ao final da relação processual gozar da validade.

Observadas as diretrizes legislativas que previamente estabelecem o ônus e apresentam os critérios de uma possível inversão, deve o magistrado exercer seus poderes instrutórios em diálogo com a faticidade, não lhe sendo permitido um juízo de oportunidade.

Sobre a relação dos magistrados com a utilização desses poderes instrutórios, Trícia Navarro vai dizer que: “Primeiramente, há que se ter em mente que a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz constitui um dever decorrente do poder outorgado pela lei, e não uma faculdade. Assim, nas hipóteses autorizadas, o juiz não pode simplesmente optar por não os exercer”.[252]

Se os fatos da vida demandarem, no caso concreto, uma apuração diversa do quanto requerido pelas partes, o juiz poderá determinar a produção de provas. Somente pelo caso concreto, entretanto, se pode identificar o procedimento probatório mais adequado para validar uma versão, e isso, sob nenhuma circunstância, autoriza juízos arbitrários.

Sobre esse poder instrutório, Sálvio de Figueiredo Teixeira vai dizer que:

> O juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador a iniciativa probatória quando presentes questões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível, ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou social entre as partes.[253]

Isto, ao que nos parece, nada tem a ver com qualquer espécie de verdade real (seja lá o que isso for), mas com a reintrodução da faticidade no mundo jurídico, que desde o pós-guerra orienta a construção do ordenamento e apresenta os balizamentos do projeto constitucional. É dizer: a produção de provas de ofício pelo magistrado se justifica pela peculiaridade do caso, pois não se pode desindexar o procedimento da realidade da vida, vez que somente diante da especificidade se identificam quais espécies de provas são adequadas para a formação do convencimento.

A consequência desse novo paradigma constitucional de reintrodução dos fatos recai diretamente sobre o modo estático como regulamentamos o ônus probatório no direito processual civil brasileiro, que, em função de sua diretriz estática, muitas vezes se distanciou do caso e da peculiaridade da vida.

Foi necessário, portanto, reavaliar o sistema de distribuição, para permitir que a atuação judicial fundamentada em contraditório com as partes identificasse, caso a caso, as melhores condições de produção da prova.

No sentido do texto, Alexandre Câmara de há muito sustentava que:

> Fica fácil verificar que a lei processual brasileira opta por uma distribuição estática do ônus da prova. Não parece, porém, ser essa a melhor forma de sempre distribuir o ônus probatório. Moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao magistrado atribuir ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir.[254]

Por essa razão, dispõe o legislador processual em seu art. 373, § 1º, que:

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Sustenta-se, portanto, nos dias atuais, um ônus dinâmico de produção da prova, que, diante da especificidade do caso concreto, pode adequar-se para viabilizar uma melhor instrução. A advertência se faz apenas pela incidência do contraditório, uma vez que a inversão demanda prévia comunicação das partes e a atribuição de prazo para a superação do ônus.

19.7 DESTINATÁRIOS DA PROVA

Se considerarmos a prova como o resultado de um procedimento dialético, no qual atuam demandantes e magistrado, não será difícil identificar que seus destinatários serão os sujeitos da relação jurídica processual. Sob esta perspectiva, apresentam-se, como destinatários indiretos, o autor e o réu. Do outro lado, como destinatário direto, se apresenta o magistrado.

Nesse sentido, eis o Enunciado 50 do FPPC: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

As repercussões práticas dessa constatação são evidenciadas pelo princípio da comunhão da prova, nos termos de que, uma vez produzida, a prova pertence ao processo, sem que dela possam dispor as partes da relação jurídica processual.

Com isso, advirta-se, não se desconsidera a importância da convicção institucionalizada do juiz, que, como um dos destinatários da prova, tem assegurado poderes instrutórios, nos termos do art. 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

19.8 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

No estudo dos sistemas de valoração da prova, uma vez mais faremos a correlação necessária entre Estado, ordenamento e filosofia, de sorte que a influência histórica das matrizes teóricas seja evidenciada no estudo da matéria processual. É sob essa perspectiva que nos propomos estudar os sistemas de avaliação adotados pelo Direito brasileiro.

O primeiro método de avaliação de provas se apresenta como procedimento racional e cartesiano, que sob a rubrica do sistema legal de valoração, reproduz os ideais liberais individualistas de há muito afirmados pelas primeiras vertentes do positivismo. Correlacionam-se há um só tempo, portanto, o isolamento normativo com o qual se promove a desindexação da moral e dos fatos, e um texto jurídico voltado quase que exclusivamente para o procedimento burocrático e previamente estabelecido pela autoridade competente.

Assim, se de um lado o Direito se constrói por um ideal de racionalidade matemática, em descompromisso com a faticidade, de

outro, imputa-se ao magistrado a responsabilidade para avaliar as provas em acordo com valores previamente estipulados por um sistema tarifado de valores probatórios. Com outras linhas: trata-se do procedimento processual, sem que se permita a ingerência do caso concreto.

Sob o manto dessa matriz cartesiana, que antecipadamente entrega o resultado da valoração das espécies de prova, defenderam-se ideais de segurança jurídica e uniformidade, cindindo, para tanto, questões de fato e questões de direito. A consequência desse padrão na recente história do Brasil embasou pensamentos de que a confissão seria a rainha das provas, ao passo que a testemunha seria a menor e mais desprezível de suas espécies. Não foram consideradas, nesse sistema, as peculiaridades do caso, não se registram, por exemplo, em que condições se obtém a confissão – ainda que a vida revele a experiência de um regime militar –, o que a toda evidência demonstra a impossibilidade de albergar suas diretrizes processuais no atual projeto constitucional.

Essa valoração antecipada da prova, que ao quanto aqui se pôde concluir, retrata uma vertente intelectual de positivismo afirmada já na implementação do Estado liberal, ainda hoje se emprega, dentre outros dispositivos, pela redação do art. 401 do diploma processual civil revogado, nos termos de que: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

O mesmo equívoco se reproduz pelo art. 227 do Código Civil, que em flagrante descompasso com a atualidade, nesse ponto, estabelece que: “Salvo os casos expressos de prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados”.

Ao que nos parece, essa infeliz coincidência se justifica em razão do revogado Código de Processo Civil ter sido promulgado em 1973, tendo o então anteprojeto do atual Código Civil de 2002

sido elaborado apenas dois anos depois, em 1975. Ambos, portanto, concebidos sob a influência da época.

Sem prejuízo desses encontros históricos, entendemos que a compreensão, a interpretação e a aplicação do direito são promovidas pela fusão de horizontes da tradição, o que em linhas anteriores desta obra, nos leva à conclusão de que a norma, enquanto resultado da interpretação, se legitima, precipuamente, pelo filtro constitucional, e isto não se pode fazer sem a devida contextualização. Esse deve ser um norte hermenêutico da interpretação da nova legislação processual.

O segundo sistema de valoração das provas se pauta pelo livre convencimento, autorizando juízes a valer-se de seus conhecimentos pessoais para impor decisões judiciais, ainda quando suas conclusões se afirmassem em fatos não ventilados ou discutidos na relação jurídica processual. Esse sistema de avaliação, que obviamente desvincula a atividade cognitiva do magistrado dos fatos e versões deduzidas em juízo, admite que versões extraprocessuais sobre os fatos sejam consideradas para a entrega da decisão.

No atual panorama nacional, esse sistema é utilizado no procedimento do tribunal do júri, que sob expressa autorização legislativa, permite a desconsideração das versões existentes (ou as provas, se assim se preferir), na entrega de decisão soberana para o caso.

Esse segundo sistema de valoração de provas reflete, com clareza meridiana, ideais de mundo em que o sujeito pensante de si mesmo emprega sentidos pelo uso, muitas vezes arbitrário, de sua própria consciência. São tempos de metafísica contemporânea, nos quais a relação sujeito-objeto se configura pela sujeição da coisa ao pensamento, em exercício já devidamente tratado nos capítulos anteriores.

O terceiro sistema de valoração adotado pelo ordenamento brasileiro é o da persuasão racional, que de certa forma congrega os sistemas anteriores, vez que estabelece como diretriz intelectual a liberdade judicial para a formação de seu convencimento (livre convencimento), desde que para tanto sejam consideradas as

versões deduzidas em juízo (sistema legal – que embora não empregue neste caso valores antecipados, pela tarifação, limita a cognição às espécies legalmente previstas pelo procedimento), ou se assim se quiser nomear, as provas produzidas nos autos.

No sentido do texto, Ricardo Aronne vai dizer que: ‘‘O magistrado possui plena liberdade de julgar o feito, segundo seu convencimento, tendo como limitador a esta liberdade a lei, os fatos constantes dos autos e os limites da lide”.[255]

Afirma-se com esse sistema, um livre convencimento motivado, que em aparente coalizão com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, hoje é empregado amplamente no direito processual.

O sistema de persuasão racional, ao tempo que exige a motivação das decisões, se revela essencial para o exercício da democracia e dos valores constitucionais. Entretanto, esse convencimento judicial, ainda que amparado pelos elementos carreados aos autos durante o desenvolvimento da relação processual, não pode se afirmar pela íntima convicção, pois, de outra forma, as garantias processuais podem soçobrar pela percepção individual e muitas vezes arbitrária do homem. É dizer: o emprego dessa suposta liberdade hermenêutica se justifica pela retomada da faticidade, que inexoravelmente desconstrói o prévio procedimento e a tarifação das provas, para reconstruí-lo em acordo com a peculiaridade do caso concreto, com estribo em textos vagos e menções apenas exemplificativas dos meios de prova. Isso, em absoluto, autoriza decisionismos. Ao contrário, permite que a influência constitucional atue na percepção de sentido, de sorte que a norma, como resultado da interpretação, represente os valores do Estado, o projeto constitucional e as especificidades da vida.

Em decorrência desse novo paradigma, o CPC/2015, à altura dos arts. 10, 489 e 926, impõe ao convencimento judicial o exercício do contraditório e da justificação dos sentidos empregados aos textos de baixa densidade semântica. Entendemos, que nesse ponto, há verdadeira superação do livre convencimento motivado, vez que o novo ordenamento jurídico processual não é compatível com juízos solipsistas. Outro não é o motivo a justificar que a lei,

hoje, estabeleça não estar fundamentada a decisão que se limite à indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem declinar sua relação com as peculiaridades da causa decidida. No mesmo sentido, afirma-se também o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, de sorte a mantê-la íntegra e coerente.

19.9 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Sob uma perspectiva pragmática, podemos afirmar que o procedimento processual para produção da prova, que ao quanto aqui já se afirmou decorre de concepções positivo-iluministas, é hodiernamente dividido nas seguintes etapas: requerimento, admissão, produção e valoração. Sua apresentação observa uma ordem lógica, de sorte que os atos sejam compreendidos e praticados em sequência. Isso, no entanto, não afasta a possibilidade de concentração da atividade probatória, vez que hodiernamente são percebidos em um único momento: admissão, produção e mesmo a valoração do seu resultado.[256]

De início, o requerimento, aqui indicado como primeira fase do procedimento probatório, se justifica em função da característica jurisdicional da inércia, imputando às partes da relação processual a especificação das provas a serem produzidas. Não por outro motivo, essa especificação se impõe como requisito da petição inicial, previsto à altura do art. 320 do CPC/2015, o que evidentemente se percebe também para a contestação.

Por vezes, a determinação da prova decorre de expressa determinação legal. É o que se verifica na hipótese da revelia, que, no âmbito processual civil, se caracteriza pela ausência de contestação não produzir seu efeito material. Nesse caso, impõe a redação do art. 348 do novo Código, que o magistrado, adotando uma das previdências preliminares, intime o autor, a fim de que sejam especificadas as provas com as quais pretende demonstrar sua percepção dos fatos.

Requerida a produção da prova pelos sujeitos da relação processual, deve o julgador avaliar, diante das respostas

apresentadas, sob quais alegações existe divergência, vez que somente sobre fatos controversos (ou alegações, tal como defendemos acima), se estabelece a necessidade da produção probatória.

Dito de outro modo: após a entrega de resposta do réu, deve o julgador avaliar quais alegações deduzidas na inicial foram negadas pela defesa. Ou, ainda, se haverá necessidade de constatar algum fato novo, deduzido pela contestação. Tem-se, portanto, requerimento pela inicial, com indeferimento posterior em razão de as alegações se mostrarem, a essa altura, incontroversas. Não por outro motivo, o procedimento ou método para a produção da prova, após a fase inicial de requerimento, demanda um crivo de admissibilidade, a fim de evitar a produção de provas inúteis,[257] que na atual legislação se faz pelo saneamento e organização do processo. Ressalte-se ainda, em função da oportunidade, que o requerimento para a produção das provas observa a exigência da especificidade, não se compatibilizando com o protesto genérico, tão costumeiramente apresentado pela prática forense.

Na terceira etapa do procedimento, as provas orais passam a ser dispostas da seguinte forma: peritos, depoimento do autor, depoimento do réu, testemunhas do autor e testemunhas do réu. Explique-se: as provas documentais, em atenção aos requisitos formais da petição inicial, devem acompanhá-la já em sua proposição, e correlatamente, para a contestação, na entrega da resposta do réu. Já as provas orais são produzidas, hodiernamente, durante a audiência de instrução e julgamento.

Ainda em acordo com a disciplina processual, afirma-se que ao final da produção da prova, deve o magistrado valorar o seu resultado, desde que motive as convicções decorrentes da instrução. Assim, vencidas as quatro fases desse método procedimental – requerimento, admissão, produção e valoração –, retomamos, pela proposta deste curso, um breve diálogo com a hermenêutica filosófica, a fim de demonstrar a influência consciente desse novo paradigma ontológico-linguístico sobre a seara processual.

Em decorrência das premissas intelectuais afirmadas em linhas anteriores, podemos, neste momento, observar que, para além do procedimento estabelecido cartesianamente para a produção da prova, compreensão, interpretação e aplicação não se prestam em momentos distintos e sequenciados. Ao revés, se apresentam numa fusão de horizontes de há muito denunciada por Gadamer: “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.[258]

Com linhas mais simples: a compreensão dos fatos que – por meio das alegações – são deduzidos em juízo sob a influência da subjetividade, não acontece em momento anterior ao da interpretação, a fim de que se viabilize, no final do procedimento probatório, a aplicação da norma ao caso concreto. Essas etapas: compreensão, interpretação e aplicação acontecem, simultaneamente, dentro do círculo hermenêutico. Por essa razão, a valoração da prova, em descompasso com a atual previsão legislativa, não se faz somente ao final da instrução probatória, pois, antes disso, já se percebe no momento inicial, quando da leitura das alegações.

Para exemplificar essas afirmações, pensemos na possibilidade de que informações sobre o comportamento do réu sejam obtidas por meio de interceptações telefônicas clandestinas. Uma vez registrados os diálogos, vamos supor que o demandante, em confronto direto com o texto constitucional – que para a hipótese de interceptação telefônica autoriza a determinação judicial apenas para a instrução criminal (art. 5º, XII) – leve a transcrição das ligações para a apreciação de um juízo cível, permitindo que o magistrado tenha ciência das informações.

Tecnicamente, o requerimento para a produção dessa prova – que se caracteriza pela via documental – não encontra permissão constitucional, devendo ser indeferida, de imediato, pelo Poder Judiciário. Não havendo admissão, por consectário lógico, também não se verificariam a produção e sua posterior valoração. Todavia, se interpretação, compreensão e aplicação acontecem no mesmo

instante hermenêutico, ainda que pelo procedimento probatório se possam rechaçar quaisquer fundamentos amparados pelas declarações, obtidas que foram por meios ilícitos, o círculo hermenêutico não desconsidera sua influência na convicção do indivíduo, vez que a valoração já se realiza pela compreensão dos fatos.

Ao final, sendo impossível ao demandante demonstrar a veracidade de suas alegações por outro procedimento, deve-se entregar o indeferimento do pedido, que se justifica pela imposição da lei, nessa hipótese, vez que a norma processual imputa o ônus da prova a quem deduz a alegação. Isso, no entanto, como se procurou demonstrar, em nada assegura que a decisão corresponda ao convencimento judicial do homem. Decide-se, portanto, com estribo na lei, ainda que outra seja a vontade do indivíduo.

19.10 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

A ordem estabelecida pelo procedimento não é, nem poderia ser, inflexível às peculiaridades do caso concreto. Portanto, em determinadas hipóteses, a legislação vai admitir que a produção ocorra em momento anterior àquele inicialmente previsto. Se a possibilidade de antecipação se justifica pelo diálogo do processo com a faticidade, é de se esperar que os termos empregados não sejam previamente delimitados. Por essa razão, dispõe a redação do art. 381 do CPC/2015, que a antecipação da produção da prova seja admitida, quando fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou ainda, quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Circunstâncias como essas podem ser exemplificadas com alguma facilidade pela praxe forense, a exemplo do caso de testemunha indispensável, que, após a marcação da audiência, se encontra em risco de morte por grave acidente ou que se diz acometida por doença terminal.

O requerimento para a antecipação deve ser dirigido por petição fundamentada, em que constarão as razões desse procedimento, bem como os fatos a serem provados. É de se observar que o CPC, nesse caso, garante as três primeiras etapas: requerimento, admissão e produção, mas não assegura o resultado final do procedimento, vez que o magistrado não se pronunciará sobre o objeto da prova, quer seja para declinar pela existência ou inexistência, quer seja para indicar suas consequências jurídicas. Em verdade, ao que entendemos, garantir-se-á apenas que a produção, com o cumprimento de todas as etapas, seja feita em momento posterior. Esse parece ser o motivo para que os autos permaneçam em cartório durante um mês, para que os respectivos interessados possam extrair cópias e certidões.

ATENÇÃO

É cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de haver resistência da parte requerida.

19.11 PROVA EMPRESTADA

Por prova emprestada, entende-se a prova produzida em determinado processo, que, em momento posterior, é levada para processo outro, no qual será utilizada para contribuir com a instrução e legitimar a convicção judicial.

Sua admissibilidade tem respaldo no art. 372 do CPC, que assim disciplina a matéria: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Sobre a liberdade na atribuição do valor à prova, registramos aqui, uma vez mais, as ressalvas feitas pela tradição jurídica na interpretação, compreensão e aplicação do direito, pelos vetores hermenêuticos da coerência e da integridade.

Acima de qualquer liberdade valorativa (no sentido da moral individual), por exemplo, afirma-se o princípio constitucional do contraditório, cuja observância é condição de possibilidade para a admissibilidade da prova emprestada.

Respeitando-se as lições constitucionais, portanto, um determinado testemunho, produzido inicialmente em processo de conhecimento no qual se apurou a prática de ato lesivo, pode servir para a instrução de um segundo processo, distinto do primeiro.

Para tanto, deve-se ainda observar, que às partes do segundo processo não se assegura apenas a possibilidade de manifestação sobre a prova emprestada. É fundamental que as partes tenham assegurada também a chance de participar de sua produção. Em termos práticos, isso significa que a admissão da prova emprestada não se justifica somente pela garantia de manifestação sobre o que fora trazido aos autos de outro processo, mas também, que as mesmas tenham participado de sua produção, no processo originário.

Nesse sentido, o Enunciado 52 do FPPC dispõe que: “Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária”.

TEORIA GERAL DA PROVA	
Prova	Tudo aquilo que esteja atrelado à veracidade ou autenticidade de algo.
Destinatário	Todos os sujeitos da relação processual e não somente o magistrado.
Objeto	Tradicionalmente: os fatos controvertidos e relevantes para a instrução processual. Modernamente: as alegações produzidas sobres os fatos relevantes e controversos,

	no processo.
Prova de Direito	Admite-se prova de Direito: municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.
Ônus de produção da prova	Autor: fato constitutivo do seu direito. Réu: fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Inversão do ônus da prova	Por determinação legal ou mesmo pela especificidade da demanda, relacionada à impossibilidade, à excessiva dificuldade, ou à hipossuficiência probatória. Havendo inversão, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Admite-se também que a inversão decorra de convenção das partes.
Sistemas de avaliação	Tarifado; livre convencimento; livre convencimento motivado. Majoritariamente defende-se a manutenção do 3º sistema, embora, neste curso, opte-se por um novo modelo, constitucionalmente adequado aos vetores constitucionais.
Poderes instrutórios	Assegura-se ao magistrado a possibilidade de determinar a produção de provas de ofício, não para uma livre convicção, mas sim para legitimar uma resposta adequada ao caso concreto.
Etapas	Requerimento, admissão, produção e valoração.

[231] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2008. p. 78.

[232] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-171.

[233] Idem, p. 131.

[234] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I, p. 4.*

[235] Sobre o tema, destacam-se: *Discurso do método*, de Descartes; e *Crítica da razão pura*, de Kant. Em ambos os casos se evidencia o uso correto e incorreto da razão, enquanto faculdade humana disposta à percepção da verdade.

[236] THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 455.

[237] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 253.

[238] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 251.

[239] Para maiores considerações acerca da superação desse referencial filosófico da consciência, recomendamos a leitura da obra *A perspectiva hermenêutica do direito na pós-modernidade*, de nossa autoria.

[240] Não por outro motivo adotou-se no Brasil um sistema de avaliação de provas pautado no livre convencimento.

[241] Adota-se aqui, mais uma vez, a concepção da norma como o resultado da interpretação.

[242] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 94.

[243] A ADI 3.510 foi realizada em 20 de abril de 2007, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito. A ADPF 101 foi realizada em 27 de junho de 2008, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

[244] Sobre o tema, Bolzan de Morais vai dizer que: “prosseguimos rumo à necessidade de ultrapassar um modelo eminentemente individualista, refratário às exigências de um mundo globalizado/mundializado e a consequente emergência de um novo modelo, atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito e, em especial, apto a compreender a jurisdição constitucional em ambiente de participação cidadã. Trata-se, portanto, de fertilizar o Estado contemporâneo para recepcionar a constitucionalização do processo. Estabelece-se assim um círculo: o Estado contemporâneo é carente de um processo constitucionalizado, de um processo democratizado e, de outro, este imprescinde de um contexto arraigado ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Visto isso, consideramos incontornável o debate em torno das audiências públicas, aqui

apresentadas como uma das principais ferramentas utilizadas por um novo modelo de processo atento às modificações do contexto pós-burocrático, ou seja, um modelo democrático e coletivo, aberto à participação do cidadão e à transparência democrática" (MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Constituição e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 198).

245 No sentido do texto, Lenio Streck vai dizer que: "Habermas sabia do problema do solipsismo que assombrava a ideia kantiana de razão prática. Ademais, como leitor privilegiado da situação histórica da filosofia do século XX, Habermas conhecia muito bem as armadilhas metafísicas presentes nas concepções tradicionais e/ou convencionais de razão-prática. Daí, que sua solução, para escapar dos problemas que ele sabia existir na razão prática, será substituí-la pela razão comunicativa. Isto é sintomático: Habermas conhece o problema que emana do solipsismo do sujeito moderno e, para resolver este problema, em substituição à razão prática solipsista, apresenta um novo paradigma calcado naquilo que ele chama de razão comunicativa. Não mais o sujeito estaria no centro, mas a própria sociedade, o espaço público etc." (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 462).

246 Não se pode esquecer que, para Habermas, a argumentação é a única forma para alcançar a verdade; e esta somente será construída por meio de um procedimento ideal de fala.

247 Em obra posterior à *Verdade e justificação*, o próprio Habermas expõe as limitações do procedimento, ao dizer que: "até bem pouco tempo eu procurava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. De lá para cá, percebi que essa assimilação não pode dar certo. Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade. Embora nossa mente falível não possa ir além disso, não devemos confundir duas coisas. Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão se sentem autorizados – e supostamente o são de fato – a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade dela" (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 60-61).

248 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

249 Para maiores considerações, retome-se a leitura das correntes substancialistas e procedimentalistas, já apresentadas nesta obra.

250 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 261.

[251] A prova de direito estrangeiro se faz, hodiernamente, pela juntada de documento oficial do país de origem, com tradução juramentada, a fim de que a norma se apresente nos autos em português.

[252] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012. p. 63.

[253] *RT* 729/155.

[254] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1, p. 437.

[255] ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 73.

[256] Essa concepção metodológica, ao que nos parece, demonstra claramente a influência dos referenciais positivo-iluministas, vez que a instrução probatória se apresenta em procedimento cronológico, desconsiderando, com isso, as lições gadamerianas de que a compreensão, a interpretação e a aplicação ocorrem pela fusão do horizonte hermenêutico.

[257] A admissão da prova, ao que já se viu, se faz com o saneamento do processo, que em acordo com o art. 332, § 2º, do CPC, estabelece, dentre as finalidades da audiência preliminar, a identificação dos pontos controvertidos e a determinação de quais provas serão produzidas na audiência de instrução.

[258] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 406.



20.1 DEPOIMENTO DA PARTE

O depoimento pessoal se apresenta pelo relato de uma das partes da demanda, e consiste, basicamente, na apresentação processual das visões de mundo do autor e do réu sobre a ocorrência dos fatos.[259] Podemos arguir, pelo estudo dirigido em linhas anteriores, que cada versão traz em si um fractal de verdade, revelado sempre aos olhos de quem lhe conta a experiência. Por isso, ao tempo que o relato dos fatos traduz a subjetividade do intérprete, serve de meio, muitas vezes indispensável, para a composição do procedimento probatório, pois não se deve olvidar que o contato do magistrado com os sujeitos da relação processual em muito contribui para sua convicção. Por esse motivo, ao que nos parece, incide para a hipótese o princípio da oralidade.

Esse meio de prova tem duas finalidades: trazer para a relação processual informações relevantes para a versão final sobre a ocorrência dos fatos controversos, e, provocar a confissão.

A primeira dessas finalidades se alcança por meio do procedimento probatório, com as correlatas fases de requerimento, admissão, produção e valoração. Assim, o depoimento pessoal deve ser requerido pela parte adversa, admitido pelo magistrado e produzido, hodiernamente, na audiência de instrução e julgamento.

Uma vez requerida pela parte o depoimento do *ex* adverso e admitida sua produção, o depoente será intimado pessoalmente para comparecer em juízo, a fim de prestar os esclarecimentos. Se a parte residir fora da comarca, seu depoimento deverá ser colhido por meio de videoconferência ou qualquer outro meio tecnológico que assegure a transmissão de imagem e som em tempo real, mesmo que a prática do ato se realize na audiência de instrução e julgamento. Não há, portanto, necessidade de se agendar data específica para a oitiva da parte, quando isso reclamar algum meio tecnológico para a produção da prova.

O depoimento pessoal das partes é determinado em caráter relativo, e dispõe que primeiro deponha o autor, restando ao réu depor em seguida.[260]

Tratando-se de pessoa física é ato personalíssimo, e por tal razão, não pode ser prestado por representantes. A mesma vedação se impõe para os incapazes, que, diante de eventual impossibilidade de transmitir aos autos suas percepções de mundo, verão seu representante atuar na condição de testemunha. Dito de forma mais objetiva: não se pode constatar a subjetividade da interpretação acerca dos fatos e logo em seguida admitir que pessoa outra, distinta daquela que viveu a experiência, se apresente para prestar o depoimento.

O mesmo raciocínio não se aplica à pessoa jurídica, vez que sua idealização delega a pessoas específicas, por convenção contratual ou estatutária, os poderes para a presentação, sem que necessariamente sejam essas as pessoas a viver o fato controvertido do processo.

A experiência nos mostra que o cotidiano coloca sob os acontecimentos alegados em juízo, muito mais frequentemente o empregado da empresa do que o gerente ou quem mais tenha as necessárias prerrogativas contratuais.

De todo modo, mesmo admitido o *depoimento pessoal por representante,* é preciso que este tenha conhecimento dos fatos, sob pena de tornar o procedimento probatório inútil ou irrazoável/desproporcional à aplicação da pena de confissão ficta em razão do silêncio.[261]

Prevalece, portanto, a admissão do representante, desde que este tenha ciência do fato alegado e possa trazer percepções relevantes para a resolução da causa. A recusa do depoente ou de seu representante (*caso das pessoas jurídicas*) em prestar os esclarecimentos, seja por meio de respostas evasivas ou ainda pela negativa direta em responder às perguntas pode se justificar pelo termo vago do justo motivo, o que delega sua pertinência à peculiaridade do caso concreto ou ainda sob as hipóteses específicas já qualificadas e enumeradas pelo legislador à altura do art. 388 do Código de Processo Civil.

Há também circunstâncias em que o silêncio se impõe por determinação constitucional, para que se possam proteger informações obtidas pelo exercício regular da profissão. Nesses casos, entendemos tratar-se de um dever de sigilo, não sendo essa uma hipótese a admitir juízo de conveniência e oportunidade do depoente. É a realidade que se impõe a médicos, advogados, jornalistas, psicólogos e tantos profissionais.

Não havendo justificativa para a escusa em depor, a hipótese desafia a incidência da pena de confissão, sendo esta a segunda finalidade do depoimento pessoal.

ATENÇÃO

Alterando o regime anterior, o CPC permite que o juiz ordene de ofício o depoimento pessoal, nos termos de seu art. 385, *verbis:* “Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício”.

20.2 CONFISSÃO

A confissão se caracteriza pela admissão de fatos contrários ao interesse da parte e favoráveis ao interesse do adversário (art. 389

do CPC). Trata-se de ato voluntário e exclusivo, embora se admita que procurador com poderes especiais traga aos autos os termos da confissão.

Seus efeitos decorrem diretamente da lei, não sendo possível ao depoente negociar ou restringir-lhe suas consequências. Dito de outra forma: não se tolera confissão a termo ou condição. Admite-se, entretanto, a cisão, se o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

O objeto da confissão reside em fatos concernentes a direitos disponíveis (*ou alegações, em perspectiva filosófica já defendida nas linhas deste curso*). Sobre isso, necessário considerar: somente fatos desfavoráveis ao confitente são objeto de confissão. Esses mesmos fatos devem se correlacionar com o depoente, vez que a admissão de fatos relacionados a terceiros caracteriza prova testemunhal. A pessoalidade da confissão também impõe que ela não se estenda aos litisconsortes.

Em consequência da confissão, se estabelece sobre o fato uma presunção relativa. Por isto, tal fato (*ou versão*) pode não mais exigir a produção de outras provas a fim de lhe verificar a ocorrência. É dizer: admitida a ocorrência do fato, ele deixa de ser controverso e, em função disso, a produção de outras provas, eventualmente requeridas para lhe impedir a presunção, podem ser dispensadas pelo magistrado. Correlacionam-se, portanto, a presunção de veracidade e a dispensa das provas pertinentes ao fato objeto da confissão.

Ao final, é possível identificar três elementos da confissão: o subjetivo, que se apresenta pelo depoente; o objetivo, que se delimita em fatos contrários ao interesse do confitente e favoráveis à parte adversária; e, ainda, o elemento volitivo ou intencional de praticar o ato.[262]

A confissão, enquanto ato da parte, implica adoção de um comportamento, e isso pode ocorrer de forma positiva, quando então teremos a confissão efetiva; ou ainda, pela ausência do depoente à audiência ou a recusa injustificada em prestar os

esclarecimentos, configurando essa omissão a confissão ficta ou provocada.

20.2.1 Ineficácia da confissão

A ineficácia da confissão é matéria tratada expressamente pelo art. 213 do Código Civil, que dispõe: “Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados”. Observa-se, em função da oportunidade, que a disposição legislativa não invalida a prática do ato, mas limita-se a elidir a produção de seu efeito.

O parágrafo único desse mesmo artigo regula os limites nos quais a confissão produzirá efeitos, quando decorrentes da atuação de um representante. Eis a redação: “Se feita a confissão por um representante, somente é ineficaz nos limites em que este pode vincular o representado”. Nessa hipótese, quem confessa é o representado, servindo o representante de mero portador da declaração. Para tanto, necessário se faz a outorga de poderes especiais.

Permite-se ainda, em decorrência do art. 393 do CPC/2015, que a confissão seja invalidada, e, nesse caso, tem-se por objeto o ato e seus efeitos, nas hipóteses de erro de fato[263] ou coação.

20.2.2 Confissão e reconhecimento da procedência do pedido

A confissão tem por objeto apenas a admissão de um fato. Por isso, não se presumem reais e verdadeiras as consequências jurídicas apontadas pela parte contrária. Assim, se o réu deixa de prestar o depoimento pessoal em hipótese que autorize a pena de confissão, o fato alegado pelo autor será presumidamente verdadeiro. No entanto, o conjunto probatório pode demonstrar que a consequência jurídica não se identifica com as que foram alegadas na inicial. Pode-se perfeitamente confessar a ocorrência do fato e negar seus supostos efeitos. Para tanto, basta imaginar a admissão, por parte do réu, de ocorrência narrada na exordial, em

que o demandante se diz atingido em sua esfera moral, ao mesmo tempo em que se nega o pagamento da indenização por entender o demandado, em sua particular visão dos fatos, que estes caracterizam apenas aborrecimento, sendo com isso equivocada a exigência de reparação judicial.

Essa peculiaridade distingue claramente a confissão do reconhecimento da procedência do pedido, vez que sobre esta última hipótese, o réu, em comportamento unilateral, reconhece não só os fatos narrados na inicial, mas também as consequências jurídicas apontadas pelo demandante. Advirta-se ainda, em função da oportunidade, que enquanto a confissão se manifesta como ato jurídico em sentido estrito, vez que os efeitos já se encontram determinados, o reconhecimento da procedência do pedido é classificado como negócio jurídico unilateral.

20.3 PROVA DOCUMENTAL

Considera-se documento, para fins de instrução probatória, toda atestação escrita ou gravada de um fato. Esta ampla percepção permite incluir, além dos instrumentos escritos: foto, vídeo, gravações eletrônicas ou qualquer outra forma pela qual se possa registrar, por termo, uma determinada ocorrência. É, pois, a constatação de um fato.[264] Apresenta-se, segundo lição frequente e conhecida na doutrina brasileira, por meio de uma representação objetiva, distinguindo-se das percepções subjetivas, mais adiante estudadas como prova testemunhal.[265]

A materialização é característica essencial nesse conceito de prova documental, que em razão de sua estabilidade, pode registrar por tempo superior à vida humana, os termos de uma ocorrência fática. No sentido do texto, Luiz Guilherme Marinoni vai dizer que:

> (...) a prova documental é aquela que, em razão de sua estabilidade, pode, para assim dizer, perpetuar a história dos fatos e as cláusulas dos contratos celebrados pelas partes, e é por isso, conquanto não se possa conferir a este gênero de prova força d'uma certeza filosófica, as legislações de

> todos os países são uniformes em dar-lhe inteiro crédito, enquanto pelos meios legais não for demonstrada a falsidade dos documentos autênticos.[266]

Por esse mesmo fundamento de longevidade e segurança na preservação dos registros, inclui-se, dentre os documentos, a sequência de *bites* que em determinado computador viabiliza a demonstração de um texto, por exemplo. Assim, mesmo considerando que a sequência não se encerra no mesmo aparelho, podendo ser inserida em dispositivos periféricos como CD, *pen drives*, DVDs ou mesmo transmitida por frequência, ao tempo que mantém inalteradas as informações, o documento eletrônico é aceito na instrução probatória.

A valoração das provas documentais é frequente no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Sobre o tema, dispõe a art. 406 do CPC/2015 que: “Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Essa redação, advirta-se, deve ser compreendida em acordo com a superação do livre convencimento motivado.

Ao que nos parece, a eleição por determinada prova em nada compromete a premissa de que a valoração de qualquer delas só se faz diante do caso concreto, a fim de que se possa identificar se a causa permite a incidência da regra. Prevalece, portanto, o compromisso judicial com uma hermenêutica constitucional e democrática, que para além das subjetividades, deve submeter-se a um necessário constrangimento epistemológico. No entanto, não se pode deixar de registrar que pela apresentação das provas documentais, em especial das gravações e registros fotográficos, depara-se o magistrado, supostamente, com um relato isento da vida. Essa isenção, que açodadamente se imagina haver pela falta das manifestações subjetivas das partes, vez que para tanto não apresentaram em juízo as respectivas visões de mundo, não pode olvidar as circunstâncias da gravação ou a lente da subjetividade humana no momento da foto. É dizer, com linhas mais simples: ao se deparar com provas documentais, o magistrado, em tese, acessa

diretamente o registro do fato sem as interferências subjetivas dos demandantes, o que lhe possibilitaria obter convicção judicial com maior segurança e imparcialidade.

Normalmente, a prova documental é produzida pelo autor na petição inicial, e, pelo réu, quando da apresentação de sua contestação, em acordo com a determinação do art. 434 do CPC/2015; sendo admissível produzir provas documentais em momento posterior diante de legítimo impedimento, quando destinadas a fazer prova sobre fatos posteriores às alegações deduzidas, ou, ainda, para contrapor fatos alegados no processo. Registra-se, também, que o documento é a fonte de prova diante do qual se pode extrair informação referente a fatos pretéritos. Ocorre que nem todos os documentos podem ser admitidos no processo por prova documental. Para tanto, basta imaginar que a escritura de determinado imóvel passe por uma análise pericial, a fim de identificar possível alteração ou falsidade. Nessa hipótese, o fato da vida inicialmente representado por um documento, chega ao processo por meio de outra espécie de prova, que para este caso se faz por meio da prova pericial. Identifica-se, portanto, diferença elementar entre documento e prova documental.

20.3.1 Classificação dos documentos

Os documentos, para fins didáticos, passam a ser classificados agora em função da autoria: material e intelectual; autógrafo e heterógrafo; público e privado. Vejamos então seus elementos e características.

A autoria é pressuposto do documento, afetando, portanto, seu plano de existência. O desdobramento material ocorre quando se atrela ao suporte de registro do fato, seja este registro físico ou virtual, a pessoa que tenha realizado sua criação. É aquele que registra a ocorrência pela foto ou escreve o documento. Já a autoria intelectual decorre da intermediação entre a execução da atividade e o comando para sua realização. Assim, quando alguém se dispõe a ditar o texto para que outra pessoa lhe reduza a termo, o primeiro se apresenta como autor intelectual.

Quando a autoria material e a intelectual residirem na mesma pessoa, ter-se-á um documento autógrafo. Havendo cisão entre essas autorias, de modo que o autor intelectual não seja o mesmo autor material, o documento será heterógrafo.

Ainda em acordo com a autoria, os documentos podem ser públicos ou privados. Os documentos públicos são produzidos por agente investido de função pública, a exemplo do escrivão. Sob essa circunstância, faz-se prova da formação e também dos fatos cuja narrativa se encerre no documento público. Sendo o documento elaborado por oficial público incompetente ou feito em desatenção para com as formalidades legais, ele poderá ter a força probatória dos documentos particulares, se subscrito pelas partes.

O documento será particular quando sua autoria imediata não decorrer de agente público em exercício de suas funções. Assim, por documento particular se enquadram, por exclusão, todos os documentos que não sejam públicos, mesmo que a autoria imediata decorra de funcionário público, se este, no momento da criação, não estiver no exercício de sua função. O documento particular gera presunção relativa apenas dos termos constantes do instrumento, mas não pressupõe que essas mesmas declarações decorram do fato. É dizer: prova-se que as informações constantes no documento decorrem de seu autor sem que com isso se possa presumir o encontro dessas declarações com os fatos da vida.

Sua autoria é imputada a quem o assinou; àquele por conta de quem o elaborou, estando assinado; e àquele que, mandando compô-lo, não o firmou em função de a experiência comum não exigir, como os assentos domésticos e os livros empresariais.

A cópia de documento particular tem o mesmo valor probatório que o original, se autenticada por oficial público ou conferida com o original, em cartório. No sentido do texto, destacamos ainda a utilização dos documentos eletrônicos, regulada entre os arts. 439 e 441. Com respaldo nessa legislação, afirma-se que no processo convencional, a utilização de documentos eletrônicos dependerá da conversão à forma impressa e da verificação da respectiva autenticidade. Já o documento eletrônico não convertido será

apreciado pelo magistrado, assegurando-se às partes o acesso ao seu teor.

ATENÇÃO

A jurisprudência atual compreende como lícita a gravação ambiental ou gravação telefônica, unilateral, feita diretamente por um dos interlocutores da conversa (sem intermediação de terceiro).

20.4 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

A exibição de documento ou coisa é demanda autônoma, que em verdade não se enquadra dentre as espécies de prova reguladas no Código de Processo. Trata-se de procedimento destinado a fornecer elementos de prova: o documento ou a coisa. Em função disso, a regulamentação da exibição deveria constar da sessão de prova documental, todavia, seguindo lições italianas, a legislação optou por apresentá-la em apartado.

A exibição se encontra regulada entre os arts. 396 e 404 do CPC/2015, e apresenta, como legitimado ativo para propor demanda de exibição, qualquer das partes integrantes da relação processual: autor, réu ou terceiro interveniente que passe a figurar como parte no processo. Tem-se, pois, para efeito de legitimidade ativa, um conceito amplo de parte. Para o polo passivo, será legitimado aquele que se apresentar como adversário no processo originário. Essa concepção contempla terceiros que possuam, em seu poder, documento ou coisa relevante para a produção da prova documental. A exibição de documento não se procede em prejuízo das legislações especiais, a exemplo da ação de *Habeas Data* (Lei 9.507/1997).

A natureza jurídica da exibição assume caráter diversificado, conforme a peculiaridade do caso, e por esse motivo, encontra regulamentação em mais diversos artigos e leis extravagantes. Em

nosso ordenamento, portanto, a exibição pode se apresentar como mero incidente processual, quando dirigida à parte no processo, ou, assumir os contornos de uma ação incidental, quando dirigida a terceiro, sendo, nesse caso, resolvida por sentença que ordene, ou não, a exibição. Em qualquer desses casos, a citação do réu é condição de possibilidade para a exibição, vez que antes do ato de comunicação não se pode identificar a controvérsia e necessidade de prova sobre o fato. Na maioria dos casos, portanto, a exibição ocorrerá na fase instrutória do processo.[267] Ressalva-se, destarte, a regra de que provas documentais sejam produzidas na fase postulatória, vez que o documento que demande exibição da parte adversa não poderá, por óbvio, acompanhar desde logo a petição inicial.

Haverá dispensa da exibição, se a recusa for legítima. Dentre os exemplos admitidos pela experiência forense, inserem-se: a lesão à honra do requerido ou de seus familiares, e, o dever de sigilo que se impõe, por exemplo, em decorrência de sua atividade profissional. Se a hipótese, no entanto, não se enquadrar no conceito vago de recusa legítima, poderá o magistrado, diante do descumprimento em exibir a coisa ou documento, considerar verdadeiros os fatos afirmados pelo requerente e supostamente registrados pelo documento que se deixou de exibir.

20.4.1 Procedimento da exibição

A exibição, quando dirigida à parte no processo, ao que já se pôde afirmar, caracteriza-se por incidente processual, cuja finalidade reside em assegurar a aquisição da prova. Como, para essa hipótese, não se faz necessário o desenvolvimento de um novo processo, basta que qualquer dar partes peticione a exibição, identificando para tanto o requerido. Deduzida a pretensão, o requerido será intimado para responder no prazo de cinco dias. Nesse lapso temporal, pode o requerido adotar os seguintes comportamentos: exibir o documento ou coisa, ou, negar a exibição com respaldo em alguma das justificativas permitidas em lei ou na alegação de não possuir o objeto da exibição. Havendo justificativa

por parte do requerido, faculta-se ao requerente, provar a inconsistência dessas justificativas, seja por haver o requerente o objeto da exibição ou mesmo por não se aplicar qualquer causa de escusa ao comando judicial. Pode, ainda, o requerido, negar-se a exibir sem para tanto dispor de qualquer justificativa.

Após a comunicação e prazo de resposta, deve-se verificar o comportamento adotado pelas partes. Se houve justificativa e posterior impugnação, ou mesmo o silêncio eloquente do requerido, resolverá o juiz, por decisão interlocutória, se admite os fatos como verdadeiros ou se aceita as justificativas de escusa da exibição.

Se a exibição tiver como legitimado passivo, terceiro, altera-se com isso a natureza jurídica do instituto, que sob essa hipótese se faz por meio de um processo incidente. Por isso, será necessário elaborar uma petição inicial, com observância de seus requisitos, citar o terceiro e oportunizar a ele o contraditório no prazo de 15 (quinze) dias.

Decorrido esse lapso temporal, a depender de qual tenha sido o comportamento adotado pelo terceiro, agora ingresso no processo, o juiz designará audiência especial, para tomar-lhe o depoimento, bem como o depoimento das partes, eventualmente de testemunhas, e, em seguida, decidirá esse processo incidente por meio de sentença, manifestando-se pela procedência da exibição, caso em que o terceiro disporá de cinco dias para depositar em cartório o objeto da exibição. O descumprimento dessa ordem, em acordo com o parágrafo único do art. 403 do CPC/2015, autoriza a expedição de mandado de apreensão, com uso de força policial, se necessário. Isso, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência e pagamento de multa e outras medidas, necessárias à efetivação da decisão judicial.

20.5 PROVA TESTEMUNHAL

Testemunha é toda pessoa estranha à relação processual que tenha presenciado fatos relevantes para a instrução. A percepção da testemunha pode- se dar diretamente sobre o fato controverso ou

sobre fato outro que indiretamente possa influenciar a resolução do litígio. Não se confundem, portanto, testemunha com partes no processo, vez que estas atuam durante a relação instrumental como atores principais. Sempre que possível, o rol de testemunhas indicará o nome, profissão, estado civil, idade, o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas, no registro de identidade e o endereço da residência ou local de trabalho. A qualificação, além de colaborar com a prestação do serviço jurisdicional, serve também para afastar possíveis alegações de impedimento, suspeição ou incapacidade. Serve ainda, a qualificação, para que se possa identificar se o caso concreto autoriza a oitiva da testemunha em sua residência, por prerrogativa de função.

As declarações deduzidas em juízo pela testemunha se justificam pela vinculação entre os fatos e a percepção. Por isso, admite-se que o relato descreva sensações de audição ou olfato, por exemplo, se o emprego desses sentidos houver possibilitado à testemunha colaborar com a instrução.

Embora se admita amplamente a produção dessa espécie de prova, os arts. 443, 444 e 445 do CPC/2015 estabelecem algumas exceções. A primeira recusa à prova testemunhal decorre da desnecessidade, e se apresenta quando os fatos são confessados ou provados por documento. A segunda hipótese se faz pela exigência de provas documentais ou periciais para a demonstração da ocorrência. Exemplo disso se encontra na realização do exame de DNA, em instrução que demande reconhecimento de compatibilidade genética. Outras limitações, ainda com base nos artigos citados, se fazem nos casos em que o credor não possa, moral ou materialmente, conseguir a prova documental da obrigação, como nos casos de parentesco, depósito necessário ou de hospedagem ou qualquer outra razão decorrente das práticas comerciais onde foi contraída a obrigação. A limitação, entretanto, não se aplica quando houver começo da prova escrita, se esta provier da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova.

Ao que já se pôde identificar, a prova testemunhal se faz pela declaração de percepções sobre fatos relevantes e controversos,

levadas ao processo por sujeitos desinteressados. Essa condição afasta algumas possibilidades. Assim, por exemplo, só se admite prova testemunhal de pessoas físicas. Essas pessoas, para se apresentarem como testemunhas, devem, ainda, ter condições de expor claramente sua visão sobre a ocorrência dos fatos e se manifestar com imparcialidade diante da causa. Não por outro motivo, estabelece o art. 447 do CPC/2015 uma série de impedimentos à produção da prova testemunhal. São eles: a incapacidade, o impedimento e a suspeição.

A incapacidade cognitiva do indivíduo para a percepção individual do fato controverso é relevante para a causa e afasta sua possibilidade de atuar como testemunha. Nessa condição se identificam: os interditos por enfermidade ou demência mental; os que por acometimento de alguma enfermidade não tenham condições de expor claramente suas visões de mundo sobre a ocorrência dos fatos, casos em que se apuram as impossibilidades, quer durante a ocorrência ou quando de sua exposição em juízo; o menor de 16 anos e, ainda, os surdos e cegos, quando esses sentidos forem essenciais para o testemunho.

O impedimento se justifica, hodiernamente, pela parcialidade dos relatos, e afasta da condição de testemunha: o cônjuge; o companheiro; o ascendente e o descendente em qualquer grau, e ou colateral, até o terceiro grau, de qualquer das partes do processo, seja essa relação decorrente de consanguinidade ou afinidade. A vedação se estende para o representante legal, tutor, magistrado, advogado ou pessoa outra que tenha atuado na causa para assistir qualquer das partes do processo. Esses impedimentos cedem, entretanto, se a prova testemunhal for a única capaz de trazer aos autos informações relevantes nas ações de Estado, ou ainda, quando reclamar interesse público.

A suspeição de uma testemunha, a exemplo do impedimento, se enquadra como vedação subjetiva: o amigo íntimo ou inimigo da parte, e aquele que tiver interesse no litígio. Sem prejuízo da disposição processual, entendemos que a redação empregada pelo art. 228 do Código Civil completa a lista de suspeição, incluindo o condenado por crime de falso testemunho, se a decisão já estiver

transitada em julgado, e aquele que, por práticas costumeiras, se apresenta como mentiroso contumaz; e, ainda, em qualquer dessas hipóteses, se a peculiaridade do caso reclamar imperativamente que a declaração dessas pessoas se faça nos autos, casos em que, a título de exemplo, elas sejam as únicas a presenciar o fato controverso, o magistrado poderá ouvir-lhes, sem que sobre elas incida o compromisso de dizer em juízo a verdade. Prestam, portanto, as informações, como informantes do juízo.

Em respeito aos valores constitucionais da intimidade, dignidade e atento ao direito de sigilo das informações obtidas em razão do exercício da profissão, estabelece o art. 448 do CPC/2015 que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos que lhe tragam grave dano, bem como ao seu cônjuge, companheiro ou parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, ou, ainda, em terceiro grau. A dispensa se estende, obviamente, para os casos em que a informação decorra do estado ou profissão da testemunha.

Uma vez apresentado o rol de testemunhas, eventuais substituições serão permitidas se houver falecimento, enfermidade a justificar o não comparecimento, ou, quando mudar de residência ou local de trabalho e por consequência disso não for encontrada.

Uma vez apresentado o rol de testemunhas, sua alteração só se justifica, de forma excepcional, em função do falecimento de qualquer das pessoas indicadas a depor, quando por qualquer enfermidade não for possível à testemunha depor sobre os fatos, e, ainda, quando a mudança de residência elidir sua localização. Isso, em acordo com a redação empregada pelo art. 451 do novo Código de Processo Civil.

A intimação das testemunhas deve ser feita pessoalmente, dentro da espécie real de comunicação. Serão, portanto, intimadas por correio a comparecer na audiência, a fim de prestar em juízos suas versões sobre os fatos controversos e relevantes à instrução. O mandado judicial, a fim de viabilizar o comparecimento, deve informar dia, local e horário para a produção da prova testemunhal, sendo hodiernamente produzida na audiência de instrução, embora se admita que o depoimento se preste antecipadamente ou através de carta precatória. A intimação pode ser dispensada, quando o

requerente se comprometer a levá-la, independentemente da comunicação judicial. A dispensa também se afirma nos casos em que a testemunha arrolada é servidor público ou militar, casos em que são requisitados por seus chefes para comparecer à audiência. O não comparecimento injustificado da testemunha, quando essencial para a instrução processual, implica adiamento da audiência, com possível condução coercitiva até o local da audiência. Ademais, responde a testemunha, nesse caso, pelos pagamentos das despesas decorrentes do adiamento.

Após qualificação e informações de parentesco, necessárias para afastar hipóteses de impedimento e suspeição, as testemunhas são inquiridas diretamente pelas partes, e observam a ordem de apresentação indicada pelo art. 361 do CPC/2015. Falam primeiro as testemunhas do autor e por último as testemunhas do réu, de modo que nenhuma das testemunhas possa ouvir o depoimento da outra. A inquirição direta altera o regime procedimental do Código anterior, e reclama atualização por parte dos operadores jurídicos. Eis a redação do art. 459 do CPC/2015: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida”.

Na abertura do depoimento, a testemunha deve assumir o compromisso de dizer a verdade, sendo advertida de que a desobediência implica crime de falso testemunho, tipificado à altura do art. 342 do Código Penal.

É permitido que a parte contradite uma testemunha, arguindo-lhe impedimento ou suspeição. Havendo recusa dessa condição por parte da testemunha, a parte poderá provar o alegado por provas documentais ou testemunhais.

Registra-se ainda, em decorrência da oportunidade, que a testemunha exerce função pública, assumindo dever de colaborar com a instrução processual. Por esse motivo, ressalva o art. 463 do CPC a impossibilidade de sanções externas, em decorrência de seu comparecimento.

20.6 PROVA PERICIAL

A prova pericial se caracteriza pela *expertise* de um terceiro, auxiliar do juízo devidamente nomeado pelo magistrado, que eventualmente comparece para contribuir com seus conhecimentos técnicos sobre a elucidação de um fato. Por- tanto, nos casos em que o julgamento da causa reclamar um saber específico para a transmissão das informações, necessária será a produção da prova pericial. É o caso, por exemplo, de instrução que demande informações sobre as condições físicas e estruturais de um determinado imóvel a fim de se identificar a extensão do dano possivelmente ressarcido no final do processo. A colaboração do perito decorre de seus conhecimentos técnicos e, por isso, ainda que tenha presenciado o fato controverso, não comparece para relatar suas percepções, pois não é testemunha, e sim para apresentar opiniões científicas e laudos técnicos para a instrução processual. A produção da prova pericial, ao que se pode constatar, decorre não somente de procedimentos cartesianos na apuração dos fatos, mas também de interpretações acerca dos dados objetos de prova. Sendo assim, o perito substitui, ainda que pontual e eventualmente, a atividade judicial na análise das fontes de prova. No sentido do texto, Fredie Didier Jr. vai dizer que:

> Quando o juiz pode, com sua própria cultura e reconhecimento comum, acessar e compreender o que a fonte de prova revela, basta uma inspeção pessoal. Mas se para apreendê-la é necessário que se tenham dotes técnicos e científicos, além dos que se pode esperar do juiz-médio, a inspeção da fonte de prova deve ser feita por um *expert* na matéria, por um perito. O perito substitui, pois, o juiz, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial (perícia). Daí o caráter substitutivo da perícia.[268]

A posição do brilhante processualista, embora não majoritária, ao que entendemos, reflete já alguma correlação entre processo e hermenêutica, com a qual concordamos. De fato, a análise dos objetos da prova pericial, sejam eles coisas ou pessoas, se faz pela técnica e pela subjetividade do perito. Certo é, portanto, que ele substitui o juiz na percepção dos fatos.

O resultado desse conjunto articulado entre *expertise* e interpretação, ao tempo que se produz no processo como prova pericial, passa por outra percepção, desta vez judicial, acerca do valor e influência dessas informações para a instrução processual. É dizer: muito embora o perito substitua o magistrado na análise dos fatos objetos da perícia, o resultado disso é avaliado pelo magistrado, de sorte a compor os elementos cognitivos de sua decisão.

Enquanto auxiliar eventual do juízo, que com seus conhecimentos técnicos interpreta fatos controversos e relevantes para posterior entrega do laudo, o perito não se confunde com o assistente técnico. Este se apresenta como auxiliar da parte, e comparece para viabilizar o contraditório, pois sem a *expertise* da área científica debatida no caso, os demandantes não exerceriam plenamente seus questionamentos sobre o resultado do trabalho pericial. Essa distinção entre perito e assistente técnico justifica, com alguma clareza, por quais motivos se impõem ao perito as hipóteses de impedimento e suspeição, ao tempo que o mesmo não se emprega para os auxiliares das partes.[269]

As espécies de perícia são apontadas pelo art. 464 do CPC/2015 como: exame, vistoria ou avaliação.[270] O exame é um ato de inspeção cujo objeto reside em pessoas ou bens móveis. Essa espécie de perícia se verifica, por exemplo, nas ações de interdição ou investigação de paternidade biológica, caso em que a perícia, embora não determinante, deve ser produzida durante a instrução probatória em função do necessário conhecimento técnico para a apuração dos fatos. A vistoria se caracteriza pela avaliação e determinação de valores referentes a bens imóveis, o que se identifica facilmente nas demandas que envolvam venda de lotes ou

residências. A avaliação ou arbitramento se presta à avaliação e determinação de valores referentes a direitos ou coisas.[271]

A escolha do perito, que pode recair sobre pessoas físicas ou jurídicas, deve considerar a técnica condizente com a peculiaridade do caso. Isso, no entanto, sob qualquer hipótese, limita os campos da cognição científica, pois o técnico não precisa ser culto ou ter formação superior para possuir os conhecimentos necessários à produção da prova pericial.[272] Somente a especificidade da instrução processual vai revelar se a produção do laudo pericial reclama, para o caso, pessoa da área universitária. Discordamos, nesse ponto, da necessária formação acadêmica, indicada pelo art. 464, § 4º, do CPC/2015, para depoimento.

A nomeação do perito deve ainda, como se pode deduzir, recair em pessoa de confiança do magistrado. Ainda em decorrência do caso concreto, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a produção de prova técnica mais simples, em substituição da perícia, se o ponto controverso não for de maior complexidade. Essa prova simplificada implica dispensa do laudo, pois consiste apenas na inquirição do perito sobre o ponto controvertido que demanda conhecimento específicos.

Feita a nomeação, o magistrado fixará o prazo para a entrega do laudo, observando o limite de até 20 dias antes da audiência de instrução e julgamento. Em seguida, promover-se-á a intimação das partes para informá-las da nomeação, a fim de lhes garantir, no prazo de 15 dias, arguir possíveis causas de impedimento ou suspeição, indicar assistentes técnicos e apresentar quesitos. Ciente da nomeação, o perito terá o prazo de cinco dias, para apresentar uma proposta de honorários, o currículo e a comprovação da especialização. Dessa proposta, as partes serão intimadas para deduzir manifestação, no igual prazo de cinco dias. No momento seguinte, deve o juiz proferir decisão sobre a matéria.

A realização da perícia é feita com todos os meios necessários à coleta de dados. Assim, por exemplo, diante de prova pericial sobre a autenticidade de uma assinatura, o perito poderá requisitar a entrega de documentos para posterior comparação. Se a produção da prova pericial se revelar complexa, seja pela especificidade do

conhecimento ou mesmo pela interdisciplinaridade, deverá o juiz nomear mais de um perito, caso em que o prazo para a entrega do laudo poderá ser dilatado. A entrega do laudo no prazo estipulado é dever do perito, que, diante do descumprimento injustificado, pode ser destituído por falta grave e arcar com o pagamento de multa, sem prejuízo das sanções previstas pelo órgão de classe.

Uma vez entregue o laudo, as partes são intimadas, a fim de viabilizar que os assistentes possam juntar aos autos seus respectivos pareceres, no prazo comum de dez dias. Havendo necessidade de esclarecimentos para as partes de qualquer ponto da prova pericial, isso será feito, por solicitação, na audiência de instrução e julgamento.

Sem desconsiderar o fato de que a prova pericial resulta de conhecimentos técnicos e científicos, necessários à instrução processual, admite nosso ordenamento que o magistrado decida de forma contrária, não estando vinculado ao resultado da perícia. Pode, inclusive, determinar a realização de uma segunda perícia, ainda que as partes não tenham se manifestado nesse sentido.

20.7 INSPEÇÃO JUDICIAL

A inspeção judicial se caracteriza pela percepção direta sobre pessoas ou coisas, que para efeito desse meio de prova considera todos os sentidos humanos (audição, visão, olfato e tato), a fim de melhor formar a convicção do magistrado. Essa peculiar condição do contato direto com o objeto da prova a diferencia da prova pericial, que, como já se afirmou em linhas anteriores, dispõe para o perito o contato imediato com a apreciação do fato.

A realização da inspeção, como bem observa o art. 481 do CPC/2015, pode ser feita a qualquer momento da instrução processual, sem que para tanto qualquer das partes tenha que requerê-la. Uma vez determinada a inspeção, as partes serão intimadas do dia e local de sua produção. Poderá o juiz ser assistido por um ou mais peritos, se o acompanhamento técnico se revelar adequado para a melhor verificação dos fatos. O mesmo se justifica

nas hipóteses de reconstituição das versões apresentadas no processo sobre a ocorrência do fato controverso.

A inspeção pode ser realizada na sede do juízo ou fora dela, desde que o contato direto com o objeto da prova não se faça fora dos limites territoriais, atribuídos em função da competência do órgão jurisdicional.

A parte tem assegurado o direito de acompanhar a inspeção, em razão do contraditório, e pode influir diretamente no procedimento probatório, fazendo observações pertinentes para a instrução da causa. Concluída a inspeção, o magistrado deve proferir auto circunstanciado, com as informações que julgar relevantes para a instrução da causa.

20.8 ATA NOTARIAL

A ata notarial é documento público, lavrado pelo notário, com grande importância prática para a instrução processual sobre fatos passageiros, de pouca duração, ou de fácil manipulação.

Sob o ponto de vista técnico, a ata notarial deve ser percebida como documento público, sobre ela incidindo o regime e as presunções legais estabelecidas pelo Código.

Já sob um prisma mais prático, a ata é mera descrição, feita pelo notário, sobre a existência de fato passageiro, facilmente desconstituído ou alterado, a fim de lhe assegurar a ocorrência e o modo de ser. Nesse processo, por expressa disposição legal, admite-se o emprego de imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos.

A dinâmica das relações virtuais é campo fértil para justificar a relevância do tema. Note-se, por exemplo, que violações sobre o uso da imagem, ofensas à honra, demonstração de padrões financeiros incompatíveis com as alegações feitas no processo, ou, a violação de direitos autorais, no que pese a facilidade com que deletamos e alteramos o conteúdo das postagens, podem ser comprovadas pelo notário, a fim de facilitar a instrução processual.

[259] Com um entendimento mais amplo do conceito de parte para fins de depoimento pessoal, inclui Luiz Guilherme Marinoni: o assistente litisconsorcial, o denunciado, o nomeado à autoria, o chamado ao processo e o oponente. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 309.

[260] Esse é o sentido do art. 344 do CPC revogado.

[261] Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/58996539/trf-2-jud-jfrj-12-09-2013-pg-1135>.

[262] SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4. p. 100.

[263] Somente o erro de fato autoriza a invalidação da confissão. Isto é o que se pode apreender do art. 214 do Código Civil.

[264] Sobre a inclusão das informações registradas e disponibilizadas por meio eletrônico, indicamos a leitura de MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. *Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 31 jan. 2019.*

[265] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A prova civil. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 190.*

[266] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 7. ed. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009. p. 332-333.

[267] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 7. ed. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009. p. 329.

[268] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2, p. 233.

[269] "Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição".

[270] Essa classificação, prevista inicialmente no CPC (1973) e ausente no Código Civil (2002), se faz conveniente em razão do CPC/2015 contemplá-las expressamente.

[271] O Código Civil, em seu art. 212, V, não apresenta as espécies de perícia, limitando-se a indicar a perícia como meio de prova dos atos jurídicos.

[272] Em sentido contrário se manifesta DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3, p. 592.*



21.1 PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

O novo Código de Processo Civil regula, em seu art. 203, os pronunciamentos judiciais. A disposição legislativa se refere aos despachos, à decisão interlocutória, à sentença e ao acórdão, mas não contempla todos os atos praticados pelo magistrado durante a relação processual, pois não inclui: a inquirição de testemunha, a presidência da audiência, a inspeção judicial e outros tantos atos, observados na dinâmica forense, nem menciona no dispositivo as decisões monocráticas adotadas em órgãos colegiados.

Sem prejuízo dessas ausências, faremos a análise da decisão judicial. Em função da oportunidade, registramos, ainda, que os conceitos empregados para todos os pronunciamentos são feitos pelo direito positivo. É dizer: o conceito das decisões judiciais é feito sem compromisso de identidade com a legislação estrangeira. Devemos, portanto, compreendê-lo a partir da Constituição Federal e contingenciá-lo no sistema processual brasileiro.

21.2 A DECISÃO COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

A compreensão da decisão judicial, enquanto ato típico da atividade jurisdicional, deve ser feita a partir da proposta de Estado, pois o ordenamento jurídico de muitas formas reflete sua proposta. Sendo assim, analisar a decisão judicial é também analisar o contexto de sua realização.

Se a contratação do Estado absolutista, de um lado, se fez para preservar os direitos naturais da época e com isso superar o suposto estágio de guerras generalizadas entre os indivíduos, concentrando as funções de legislar, administrar e julgar, nas mãos do soberano, de outro lado, a decisão, nessa época, traduziu uma percepção de mundo metafísica, em que o sentido estava determinado pela essência das coisas. É dizer: o ideal de mundo, nessa quadra da história, relegou ao homem apenas uma atividade posterior, de declarar sentidos previamente apresentados pela legislação. Não por outra razão, a origem etimológica da palavra jurisdição remonta à declaração de direitos preexistentes. A decisão judicial, sob essa perspectiva, revela, enquanto ato jurisdicional, apenas um sentido anterior, previamente estabelecido pelo direito material.

A superação desse ideal de mundo é feita pelo Estado de Direito, cujas funções estatais, antes concentradas nas mãos do soberano, agora são exercidas por poderes distintos, de forma independente e harmônica, no conhecido sistema de freios e contrapesos.

Dentre os poderes constituídos, o Poder Judiciário destaca-se pelo exercício preponderante da função jurisdicional, que, nessa conjuntura, encontra as seguintes diretrizes no ordenamento: isonomia formal, emprego cartesiano do procedimento e ausência de faticidade nos textos de ordem processual – o que lhe dispensou um perfil extremamente burocrático na legislação revogada.

Sobre o tema, o CPC/1973, em sua exposição de motivos afirmava que:

> (...) o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; por isso há de ter tantos atos quantos sejam necessários para alcançar a sua finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que

> traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito.[273]

Essa mesma racionalidade, que de um lado organiza a prática dos atos processuais e afirma o caráter científico do direito, de outro, investe na subjetividade assujeitadora do intérprete, por meio de uma vertente conhecida como filosofia da consciência. Por ela, a decisão, proferida ao final de um procedimento eminentemente técnico, reflete convicções individuais nem sempre amparadas pela tradição jurídica ou pelo texto constitucional. Veja-se, por exemplo, o histórico de decisões contrárias à capacidade de autodeterminação afetiva ou a diversidade com que o princípio da adequação é utilizado para adotar medidas judiciais distintas, mesmo quando há extrema semelhança entre as demandas.

A divergência entre os parâmetros cartesianos da legislação processual e a natureza subjetiva da conclusão em muito se justifica pela compreensão de que o pronunciamento judicial seria um ato político, não desenvolvido com o mesmo rigor técnico com o qual se estruturam os procedimentos necessários para viabilizar o resultado: a decisão.[274]

Se o Código anterior traduziu ideais positivistas, o momento atual reflete uma realidade incompatível com a isonomia formal, o abandono da faticidade e as muitas formas de discricionariedade. É dizer: no Estado brasileiro, um novo modelo se apresenta pela Constituição, que pretende: a transformação social, a adoção progressiva da isonomia material e a realização dos direitos fundamentais.

> A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases

> anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas de modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade.[275]

É sob essa ótica constitucional, consagrada em 1988, que entendemos a decisão judicial e seu papel criativo, pelo exercício da jurisdição. Por essa razão, o tema passa apresentado sob o regime democrático de produção do Direito, com observância das garantias processuais. O resultado disso, para o conceito da decisão judicial se evidencia, em alguma medida, pela relação homem-mundo.

O estágio atual dessa relação absorve a linguagem como condição de possibilidade, o que significa dizer que a resposta não reside na essência nem decorre da consciência do intérprete, mas traduz, a partir dos vetores hermenêuticos – coerência e integridade –, uma visão democrática do Direito que respeita o histórico institucional e dispensa respostas específicas para a demanda social.

O primeiro momento dessa operação se desenvolve pela elaboração dos preceitos normativos. Sejam eles regras ou princípios, sua delimitação semântica não decorre do abstrato, pois eles reclamam, em ambos os casos, um confronto fático para que então se possa apurar, com respeito à nossa tradição jurídica, um resultado hermenêutico adequado à realidade processual.

Decidir, no Estado Democrático de Direito, não decorre de operações matemáticas nem, tampouco, se legitima pela subjetividade. Decidir, neste contexto pós-moderno, é compreender as regras e os princípios a partir do horizonte constitucional e com isso emprestar um resultado que, para além de resolver o caso concreto, afirme também a força do ordenamento jurídico.

Por essa razão, a incidência da regra (subsunção) ou a aplicação dos princípios (padrões éticos) devem partir das lições

constitucionais e respeitar os direitos fundamentais.

Ao interpretar a norma abstrata dessa forma, o juiz delimitará seus contornos semânticos diante do caso concreto e, com isso, criando a resposta adequada. Isto, como se procura evidenciar, supera os ideais essencialistas e as bases da subjetividade do intérprete, pois a decisão judicial, nessa perspectiva, resulta da integridade com que se emprestam sentidos aos textos jurídicos, produzidos, democraticamente, no espaço público.

21.3 DECISÕES PROVISÓRIAS E DECISÕES DEFINITIVAS

As decisões judiciais são proferidas sob o emprego de uma determinada profundidade de cognição. Assim, se a cognição se apresenta como técnica empregada para que diante dos fatos e das alegações se possa emitir uma resposta, essa mesma resposta adquire caráter provisório ou definitivo, a depender do grau de certeza que sustenta a decisão. Por isso, decisões pautadas em probabilidade ou possibilidade – e aqui se evocam os exemplos das tutelas cautelares ou antecipatórias – são provisórias, ao tempo que decisões consubstanciadas em certeza jurídica – decorrente de cognição exauriente – podem ser definitivas.

Hodiernamente, as decisões definitivas são proferidas mediante ampla instrução probatória e sobre o mérito da causa. Nesse contexto, a segurança reclama um tempo natural de desenvolvimento da relação processual que nem sempre vai ao encontro da celeridade. Todavia, a legislação prevê diversas hipóteses em que a decisão judicial se torna definitiva, sem que para tanto a certeza decorra de intenso exercício probatório. São circunstâncias em que o resultado se alcança pelo comportamento das partes, a exemplo do reconhecimento do pedido, a renúncia ao direito sob o qual se funda a ação ou mesmo a autocomposição. Dessa vez, mesmo sem análise exaustiva das alegações, em função da natureza do direito evocado (ex.: patrimonial e disponível), a

decisão de mérito, em todas as três hipóteses ventiladas, contará com o mesmo grau de certeza e seguirá definitiva.

21.4 INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão. Isto reclama um novo olhar sob o ordenamento processual, pois a interpretação de textos jurídicos, e mesmo da decisão judicial, não se faz, adequadamente, sem que superemos os ideais epistemológicos da essência (a sentença declara a vontade do direito material preexistente) ou da filosofia da consciência (decido assim porque penso assim). Dito com outas palavras: não há um sentido escondido no texto, que demande declaração ou revelação; tampouco existe liberdade para atribuirmos sentidos, isoladamente, sem compromisso com a tradição jurídica.

Esses dois modelos, registre-se uma vez mais, não se alinham com o novo sistema processual. É dizer: decisões pautadas em discursos objetivistas que confundem texto e norma, ou em uma axiologia assujeitadora que submete o resultado da interpretação à consciência do homem, entram em rota de colisão com o CPC, pois se afastam dos vetores hermenêuticos por meio dos quais devemos compreender, interpretar e aplicar a legislação.

Retomando a ideia de que a decisão judicial cria a norma individualizada para regular o caso concreto, pode-se concluir que a compreensão das regras e princípios é feita num determinado horizonte hermenêutico constitucional. Assim, por exemplo, o sentido da razoabilidade com a qual se deve estipular o prazo para o cumprimento voluntário do réu, ou da proporcionalidade da multa estipulada como meio coercitivo, é feito a partir de um determinado contexto histórico. Isso, ao tempo que determina limites semânticos, não legitima qualquer resultado.

O estudo das decisões judiciais é relevantíssimo para o processo, vez que essa atividade é condição de possibilidade para

definir-se a norma geral (regras ou princípios) aplicável ao caso, e dela extrair-se a resposta adequada para a solução do conflito, por meio da jurisdição.

O regime processual permite afirmar que a interpretação da decisão deve considerar não apenas o dispositivo em que se exerce o verbo (decidir), mas toda a sua fundamentação. É por essa mesma fundamentação que se explicita o resultado, diante das peculiaridades do caso concreto. Registra-se ainda, que as percepções devem submeter-se ao contraditório, quer seja pela densificação de princípios, evocados para o caso, quer pela incidência das regras indicadas na decisão. Do contrário, já se pode antever a nulidade da decisão judicial.

Tratando especificamente da legislação processual, a disposição do art. 489, § 3º, do CPC/2015, estabelece que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. Essa diretriz retrata uma regra de interpretação, prevista dentre as disposições referentes à sentença, que, em verdade, se aplica a todas as decisões judiciais.

A mesma disposição se aplica à interpretação do pedido, por força do art. 322, § 2º. Essa correlação se justifica pela necessária congruência entre demanda e decisão. É dizer: a decisão deve, sempre que possível, espelhar as pretensões. Decisão que não contempla todos os pedidos deduzidos é *citra petita.* Se, por sua vez, conceder mais do que o que fora pleiteado ou condenar à prestação diversa daquela que tenha sido postulada, será, respectivamente: *extra petita* ou *ultra petita.*

A decisão *citra petita* pode ter sua omissão resolvida na mesma relação processual, devendo o órgão revisor determinar sua complementação ou, se a causa estiver madura para o julgamento, aplicar o art. 1.003, § 3º, do CPC – caso em que o complemento é feito em segundo grau de jurisdição sem a necessidade de que os autos retornem para o juízo de origem.

As decisões *extra e ultra petita* têm respostas diferentes: esta é nula, vez que a hipótese desconsidera, dentre outros princípios, o contraditório, a congruência e, ainda, a inércia da jurisdição; aquela,

por sua vez, deve ter o excesso, manifestado na decisão, reduzido pelo órgão revisor.

21.5 CAPÍTULOS DE SENTENÇA

A teoria dos capítulos de sentença propõe uma cisão ideológica da decisão judicial, considerando, para tanto, a possibilidade de termos partes autônomas. Essas unidades autônomas, em razão dos juízos de admissibilidade e de mérito, podem ser compreendidas por capítulos processuais e capítulos de mérito. A cisão atende a interesses práticos e didáticos, sendo aceita por boa parte da doutrina brasileira. Assim, quando a petição inicial cumula pedidos ou quando as pretensões deduzidas se ampliam, em função da reconvenção ou da denunciação, por exemplo, o pronunciamento judicial é compreendido e interpretado com independência, de sorte que para cada exercício do verbo decidir, um capítulo possa preservar independência com relação aos demais.

A teoria se aplica quando uma única pretensão, quantificável pela contagem, pesagem ou expressão econômica, admitir decomposição. Para tanto, basta imaginar uma causa em que o autor pleiteie em juízo o pagamento de indenização por danos materiais, na ordem de R$ 100.000,00, e encontre, na parte dispositiva da sentença, uma condenação em valor inferior.

Pode-se ainda, sob essa mesma premissa, admitir que a interpretação dos capítulos seja decorrente de pronunciamentos preliminares, de ordem processual, e outra, correlata ao mérito da causa.

Essa teoria é adotada pelo novo Código de Processo Civil e expressa em diversos de seus artigos, destacando-se, dentre eles, o art. 1.013, § 5º, que dispõe: “O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”.

A incidência dessa tese, como se observou, é ampla e admite incidência nas decisões interlocutórias e colegiadas. Por essa razão, quando a decisão judicial disciplinar a organização e o saneamento do processo, admite-se a decomposição do dispositivo, para

justificar, em seguida, que somente do capítulo pertinente à distribuição da prova caberá revisão, pelo duplo grau de jurisdição.

21.6 ELEMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL

O novo Código de Processo Civil apresenta, em seu capítulo XIII, precisamente no art. 489, os elementos das decisões judiciais: relatório, fundamentação e dispositivo. A apresentação dos elementos não precisa observar a ordem proposta pela legislação, sendo perfeitamente possível combiná-los de forma diversa.

21.6.1 Relatório

O relatório consiste num resumo dos acontecimentos relevantes da relação processual. Dentre essas informações, apresentam-se, por decorrência do art. 489, I, do CPC: o nome das partes, a identificação do caso, com a síntese das pretensões deduzidas na inicial, e o relato das principais ocorrências.

Trata-se de um requisito da decisão, e por essa razão, sua ausência implica nulidade, com ressalva feita expressamente para as decisões proferidas nos Juizados, pelo art. 38 da Lei 9.099/1995.

21.6.2 Fundamentação

A fundamentação das decisões judiciais é princípio constitucional, estabelecido pelo art. 93, IX, da CF. Sua observância é essencial para a legitimidade da decisão, pois assegura, ao cidadão, acesso às razões do pronunciamento.

Sobre o tema, assim dispõe o art. 11 do CPC/2015: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Entender a fundamentação da decisão judicial é entender, antes disso, em qual contexto histórico, sob a perspectiva de nossa tradição jurídica, são declinadas as razões do decidir e, ainda, sob quais métodos ou argumentos elas se sustentam, diante da exigência constitucional.

Assim, podemos identificar que a ausência de faticidade nos textos jurídicos, proposta pelo regime anterior, legitimou fundamentações meramente formais, pela simples indicação de artigos e incisos, tais como: indeferimentos por ausência de requisitos legais, por desatenção aos requisitos da legislação, ou, ainda, pela livre convicção judicial.

A partir da virada paradigmática ocorrida pela retomada da faticidade, da afirmação da isonomia material e da fundação do Estado Democrático de Direito, estabeleceu-se uma nova ordem constitucional. Isto, a toda evidência, implica releituras sobre o sentido da fundamentação das decisões e afeta, diretamente, o exercício da jurisdição.

Ao tempo em que o estudo dessa ruptura institucional nos entrega um novo horizonte, a partir do qual passamos a compreender os textos jurídicos, ela também consagra uma nova leitura sobre a fundamentação das decisões judiciais, que, hoje, já não se adequa a qualquer explanação formal, vaga e/ou desconectada do caso, devendo, ao revés, traduzir a coerência e a integridade do sistema jurídico. Em síntese: na democracia, exige-se mais sobre o sentido da fundamentação, a fim de que as razões evocadas reflitam nossa tradição jurídica e, com ela, as percepções que o tempo nos permitiu aferir, pelo espaço público, acerca do sistema jurídico.

Feitas as considerações sobre o sentido e a finalidade da fundamentação, no atual contexto constitucional, passamos à análise de sua regulamentação processual, que, sob os termos do art. 489, § 1º, assim se apresenta:

> Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

> III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O primeiro de seus incisos alerta para o fato de que a reprodução ou paráfrase de ato normativo, feita isoladamente, sem evidenciar a incidência no caso concreto, não fundamenta a decisão. Evita-se, com isso, que decisões previamente estruturadas, úteis na dinâmica forense para lidar com teses repetidas, sejam empregadas aleatoriamente sem atenção para com a eventual peculiaridade do caso concreto.

O segundo inciso trata do emprego de conceitos jurídicos indeterminados. O tema já foi abordado em linhas anteriores deste curso. Por lá, consideramos que o conceito indeterminado apresenta vagueza semântica apenas em seu antecedente, pois, ao ser considerado na decisão, sob a presença da faticidade, sua indeterminação se dissipa, legitimando a incidência das consequências jurídicas. Julgando, por exemplo, um caso em que o interesse público seja trazido para embasar a decisão, deverá o magistrado, imperiosamente, mensurar seu conceito diante do caso concreto, e expor o resultado disso aos sujeitos da relação processual. Do contrário, nula será a decisão, por ausência de fundamentação.

Registra-se, uma vez mais, que o sentido empregado ao conceito indeterminado não se presta a justificar convicções solipsistas e, por essa razão, a fundamentação se liga

indissociavelmente ao contraditório, como vedação às decisões-surpresas.

A mesma leitura constitucional impõe, pelo inciso III, que a fundamentação retrate a especificidade da causa, evitando-se, com isso, que decisões sejam pretensamente justificadas por aportes não personalizados, usualmente deduzidos para replicar, em larga escala, resultados semelhantes.

O quarto inciso reflete o contraditório, sob os termos de que será nula a decisão pelo não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar o resultado da decisão judicial.

A aplicação dos precedentes e enunciados de súmulas, ou sua possível rejeição, diante do caso concreto, é mandamento legislativo que inexoravelmente deve ser observado, na fundamentação, sob pena de nulidade. Essa determinação, contida nos incisos V e VI, encerra as orientações do citado art. 489 do CPC/2015. Essa disposição legislativa, entretanto, é exemplificativa, pois constitui um conjunto mínimo de racionalidade para legitimar-se o pronunciamento judicial. É dizer: há outras causas de nulidade da decisão judicial.

Ainda sobre os critérios de fundamentação, dispõe o § 2º do art. 489 que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Por tudo o quanto já se expôs acerca da incompatibilidade de modelos positivistas e sua aposta na discricionariedade, com o compromisso democrático que devemos assumir, diante do horizonte constitucional, já se pode concluir pelo equívoco do texto.

Norma, nesse contexto, é gênero do qual resultam regras e princípios. Se para as regras (*easy cases*), aplicam-se raciocínios cartesianos de subsunção e a aparente antinomia é resolvida pelas técnicas já citadas da especialidade, temporalidade ou hierarquia, essa suposta especificidade do comando legislativo não pode, nesta quadra da história, soçobrar pela ponderação do intérprete. Dito com outras palavras: nem mesmo pela corrente mais arbitrária do

positivismo, delegou-se ao julgador a possibilidade de ponderar regras. Estas, dentro da racionalidade do procedimento, foram aplicadas diretamente por subsunção, com atenção aos critérios objetivos de resolução de conflitos. Do contrário, nem mesmo o princípio epocal da legalidade resistiria, no Estado Democrático de Direito. Há, pois, erro evidente na redação do texto.

Feita a necessária advertência sobre a impropriedade da ponderação de regras, passamos a observar os princípios, aqui deduzidos como uma segunda espécie de norma, cuja técnica da ponderação é defendida por boa parte da doutrina nacional.

Mesmo restringindo para esses a possibilidade de sopesamento, são necessárias duas considerações: a ponderação é técnica que não pode ser empregada sem respeito ao contraditório ou às especificidades do caso. Do contrário, ela se presta a justificar leituras individuais que de modo algum se legitimam no Estado constitucional. É dizer: ponderar princípios para resolver casos supostamente não contemplados pelas regras – sem que o resultado da ponderação demonstre o contexto da compreensão, interpretação e aplicação – compromete a legitimidade da decisão, pois alberga uma subjetividade incompatível com a democracia.

Resta, portanto, evidenciar que a ponderação é feita para os princípios, dentro do roteiro estabelecido pelo art. 489. Por essa razão, entendemos que o § 2º só se justifica em conjunto com consistentes exigências de fundamentação, apresentadas no conjunto do dispositivo. Em decorrência disto, dispõe o § 3º que: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Decisão judicial que embase sua fundamentação na ponderação de princípios, sem com isso justificar a incidência deles no caso, o sentido empregado e o motivo de se terem considerado outros princípios, evocados durante a relação processual, impede que uma expectativa legitimamente criada seja devidamente satisfeita pelo exercício da jurisdição. Contraria, portanto, a boa-fé processual.

Em seu conteúdo, a fundamentação resolve as questões prévias, assim compreendias as questões preliminares e as questões

prejudiciais, mas não dispõe sobre o mérito do processo. Relembre-se, por razões didáticas, que a cognição, enquanto técnica, é disponibilizada para que o magistrado conheça das questões prévias (preliminares e prejudiciais) e do mérito, decidindo, somente acerca desse último, em função da inércia e da congruência, que atrela a decisão judicial às demandas deduzidas em juízo.

O tema, entretanto, sofre alteração consistente no novo ordenamento processual pois, com fundamento no art. 503 do CPC, admite que questões prejudiciais, inicialmente ventiladas na fundamentação, sejam também objeto da decisão, se: dessa resolução depender o julgamento do mérito; a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; e, o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. Assim, ao tempo que se suprime a ação declaratória incidental como demanda destinada a ampliar o mérito do processo, evocando para a decisão questões que somente seriam conhecidas, admite-se que, sob as exigências legais declinadas acima, amplie-se o espectro da decisão judicial, sem prévia provocação das partes.

Sobre o tema, entendemos que a manifestação judicial sobre a questão prejudicial a desloca da fundamentação para o dispositivo, alterando o regime anterior, no qual a decisão judicial se limitava às pretensões deduzidas pelas partes. Assim, por exemplo, se o réu alega em juízo ser filho do falecido (*de cujus*), a fim de obter sua parcela da herança – sem com isso deduzir pretensão de reconhecimento da paternidade – mesmo que a decisão judicial negue a procedência desse pedido por fundamento diverso, a exemplo da ausência de bens, ainda assim, o reconhecimento da paternidade seria objeto da decisão, vez que o vínculo da paternidade se apresentou no processo como questão relevante e diretamente relacionada ao mérito, aqui representado pelo recebimento proporcional da herança.

Adverte-se, ainda, que o deslocamento da questão prejudicial para o dispositivo se faz por manifestação expressa, de sorte que as partes possam se manifestar e assegurar o cumprimento dos requisitos legais.

21.6.3 Dispositivo

O dispositivo, enquanto elemento da decisão judicial, é fundamental para o exercício da jurisdição, porque apresenta, sob a perspectiva do monopólio estatal, uma resposta imperativa sobre a relação jurídica afirmada em juízo.

Essa concepção ampla do dispositivo nos permite contemplar as decisões de mérito, quer seja pela procedência, improcedência ou procedência parcial, sem olvidar das decisões de extinção do processo, decorrentes do juízo de admissibilidade negativo. Assim, por exemplo, sentença que determine a extinção por ausência de um pressuposto processual, devidamente motivada, não deduz resposta sobre a pretensão do autor, mas impõe um resultado imperativo para as partes. Trata-se, portanto, de elemento nuclear da decisão judicial, qualquer que seja a sua natureza.

Em razão de termos adotado a teoria dos capítulos de sentença, que, em verdade se aplica, de modo geral, às decisões judiciais, o dispositivo de cada pronunciamento corresponderá a um capítulo, que pode ser compreendido de forma independente, tal como acontece em algumas espécies de cumulação de pedidos. Assim, se a cumulação for simples (ex.: indenização por dano moral e material), teremos dois capítulos de sentença, analisados de forma autônoma. De outro lado, se a decisão se sustenta em alguma decorrência lógica, tal como acontece na decisão de procedência do pedido que, em corolário, imputa ao réu o pagamento pelas despesas processuais, a análise do dispositivo é feita em conjunto, e não isoladamente.

21.7 CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Classificar é também escolher critérios para a melhor apresentação da matéria. No que se refere às decisões judiciais, passamos a estudar duas espécies: terminativas ou processuais, e

definitivas. A escolha se pauta pelos juízos de admissibilidade do processo e do mérito da causa.

As duas espécies estão reguladas pela legislação, no capítulo destinado à sentença e à coisa julgada, mas são empregadas também nas decisões colegiadas dos tribunais. Por lá, também é possível colher pronunciamentos terminativos e definitivos. Melhor será, pois, empregar a classificação de modo abrangente, a fim de que ela se preste ao melhor estudo da matéria.

21.7.1 Decisões terminativas

O Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 485, as hipóteses que justificam pronunciamento terminativo, o que se caracteriza pelo juízo negativo de admissibilidade do processo, impedindo, assim, o exame do mérito.

Seguindo a disposição normativa do Código, o juiz não resolverá o mérito quando indeferir a petição inicial. As hipóteses de indeferimento, por sua vez, são dispostas pela redação do art. 330, a saber: quando a exordial for inepta, quando a parte for manifestamente ilegítima, quando o autor carecer de interesse processual, quando o juiz verificar que a inicial não atende aos requisitos dos arts. 319 e 320, ou se defeitos outros, capazes de dificultar o andamento regular do processo, não forem corrigidos, após devida comunicação, indicação do vício e oferta do prazo. Deve-se ainda observar as prescrições dos arts. 106 e 321 do CPC.

A decisão judicial também será terminativa quando o processo ficar parado por mais de um ano, em decorrência de negligência das partes, o que caracteriza um abandono bilateral. Nesse caso, as despesas processuais serão rateadas proporcionalmente. O abandono unilateral demanda a mesma espécie de decisão, e se verifica quando o autor não promove a prática dos atos necessários para o desenvolvimento da jurisdição, abandonando o processo por mais de trinta dias. Essas disposições, entretanto, não se aplicam sem prévia comunicação, o que ocorre, por meio da intimação, em acordo com o art. 485, § 1º, do CPC/2015.

A ausência de pressupostos de constituição válida e regular da relação processual, assim como o acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem, ou ainda, quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, também autorizam pronunciamentos terminativos.

Decisões terminativas ainda se justificam pela morte da parte, quando o direito afirmado em juízo for intransmissível por disposição legal, ou, pela homologação de desistência da ação. Nesse último caso, a desistência, por parte do autor, só alcança seu objetivo prático, se analisada a fase processual dessa manifestação. Se na primeira fase, postulatória, que se encerrou com a entrega da resposta do réu, a desistência só implica extinção se houver anuência do demandado. Isso, pela simples razão de que o poder de ação não é exercido somente pelo autor. Afinal, o réu também tem interesse em receber decisão de mérito, que, na ocasião, pode enquadrar-se na improcedência do pedido.

Muito embora o legislador tenha elencado diversos incisos na regulamentação da matéria, deve-se observar que a menção é exemplificativa, segundo os próprios termos do inciso X. Registra-se, ainda, em função da oportunidade, que muitas dessas hipóteses podem ocorrer em segunda instância, tal como a extinção decorrente da desistência da ação ou da ausência de um pressuposto processual. Por essa razão, reiteramos a conveniência de se compreender a classificação, sob a perspectiva da decisão judicial e não apenas pela sentença.

Considerando que as decisões terminativas nada dizem sobre o mérito da causa, pode-se concluir que a mesma demanda seja proposta novamente, a fim de obter pronunciamento acerca da pretensão. Evidente que o juízo sobre o mérito pressupõe a superação das causas da extinção anômala da relação processual. Por isso, se a conclusão, ventilada no dispositivo, tratou da extinção por ausência de um requisito processual, tal como a regularidade de forma da petição inicial, a nova demanda só admitirá resultado diverso se o vício tiver sido sanado. Sobre o tema, dispõe o art. 486 que: “O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação”.

21.7.2 Decisões definitivas

As decisões judiciais definitivas são decisões sobre a resolução do mérito. Importante, no entanto, identificar que a expressão congrega, em si, hipóteses de julgamento direto do pedido, como também considera as causas de autocomposição.

Por essa razão, dispõe o art. 487, III, que há resolução de mérito quando a manifestação judicial homologar o reconhecimento da procedência do pedido, formulado na exordial ou na reconvenção; na renúncia dessas pretensões; ou, ainda, na transação. Em todas elas, resolve-se o conflito sem que a manifestação se reporte diretamente ao mérito da causa. A decisão, nessas hipóteses, reflete apenas o comportamento das partes, quer seja por manifestação unilateral (desistência ou reconhecimento), quer seja por ação bilateral (transação).

As outras possibilidades de decisões definitivas enumeradas no dispositivo reportam-se ao mérito, seja pelo acolhimento dos pedidos deduzidos ou por sua rejeição, diretamente quando o pronunciamento recai sobre a pretensão deduzida, ou, pelo reconhecimento da prescrição ou decadência, que como se sabe, embasam decisões de improcedência. Nesses casos, ressalta o parágrafo único, que o reconhecimento da prescrição e da decadência não é feito sem a devida incidência do contraditório. Por essa razão, a legislação estabelece a prévia comunicação das partes, com ressalva feita para os casos de improcedência liminar, nos termos do art. 332, § 1º, do CPC/2015, em que será feita apenas a comunicação do autor, por intimação, para possível manifestação, antes do pronunciamento judicial. Com isso, assegura-se o contraditório efetivo, evitando surpresas e eventuais exercícios do duplo grau de jurisdição.

Sobre o tema, deve-se ainda considerar a disposição do art. 488, que leciona: “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveita eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. Essa redação, em nosso entendimento, sedimenta o princípio da primazia do julgamento do mérito.

Esse princípio processual, entretanto, sob nenhuma hipótese autoriza “dribles” hermenêuticos, a fim de que se possam legitimar pronunciamentos contrários às garantias legais. Com outras palavras: o princípio da primazia do julgamento do mérito deve ser aplicado a partir da ótica constitucional, com respeito às garantias do Estado de Direito, que por lei ordinária institui requisitos objetivos para pronunciamentos definitivos. Não vale tudo, portanto, para alcançar metas ou números, em prejuízo do contraditório e da ampla defesa.

21.8 PUBLICAÇÃO, RETRATAÇÃO E INTEGRAÇÃO

Uma vez publicada a decisão judicial, só se admite alteração para corrigir erros de cálculo ou inexatidões materiais, haja ou não, provocação das partes, tais como o equívoco proveniente da troca de nomes dos demandantes, ou, por meio de algum recurso com efeito regressivo, a exemplo dos embargos declaratórios.

Publicar, como se pode deduzir, é tornar público. Tratando-se de decisão judicial proferida em gabinete, isso acontece pela juntada aos autos, vez que a natureza do processo permite o acesso de terceiros, ressalvando-se, no entanto, as exceções consubstanciadas pelo segredo de justiça.

Sendo proferida ao final da audiência ou mesmo em sessão de julgamento colegiado, a decisão se tornará pública no momento de sua prolação. Em qualquer dos casos, a publicação restringe as possibilidades de retratação.

Deve-se ainda considerar que a intimação determina o termo inicial para a contagem do prazo, o que ocorre, via de regra, pela publicação no *Diário Oficial*. Isso, entretanto, não se confunde com a publicação da decisão, já ocorrida pela juntada ou pelo final da sessão colegiada. Afinal, temos dois momentos distintos: a publicidade (tornar público), que torna a decisão irretratável, e a divulgação pelo *Diário*, que ocorre por uma segunda publicação,

para com isso cumprir a forma pela qual se promove a intimação, para os devidos efeitos legais.

A consideração se justifica, dentre outros motivos, pelo início do prazo para o oferecimento dos recursos, que como se irá demonstrar, em momento oportuno, corre da intimação, que demanda publicação no *D.O.*, e não da publicação, enquanto juntada da decisão nos autos.

21.9 SENTENÇA

Sob o enfoque etimológico, a sentença ainda hoje traduz, na doutrina, referências romanas, associando seu significado a uma espécie de sentimento judicial. Esse conceito de sentença, como ato decorrente de leituras e percepções individuais, ao que entendemos, está superado e se revela incompatível com as bases do Estado Democrático de Direito. É dizer: a sentença deve apresentar uma resposta adequada ao caso concreto, em fina sintonia com a Constituição Federal e toda nossa tradição jurídica na compreensão do Direito. Afinal, para além das convicções do homem, existe um projeto de sociedade constitucional que deve orientar e conduzir a interpretação do processo civil. Isso, por óbvio, não alberga qualquer decisão, e sequer admite que percepções assujeitadoras se sobreponham aos ditames constitucionais. Deve-se, portanto, compreender a sentença, enquanto pronunciamento judicial, a partir dos vetores hermenêuticos da coerência e da integridade.

No regime processual anterior, a sentença era o ato do juiz que encerrava o processo, decidindo ou não o mérito da causa. Esse conceito se justificou pela antiga separação entre as fases cognitiva e executiva. Tempo em que eram necessários dois processos: o primeiro, de conhecimento, para a certificação do direito e a expedição de uma ordem; o segundo, de execução, para a satisfação concreta do direito material.[276]

O texto, entretanto, jamais foi capaz de explicar eventuais fases recursais, ignorando que, ao se recorrer da decisão, o mesmo

processo (e, portanto, não poderíamos falar em extinção) seguiria para o órgão revisor.

As críticas doutrinárias promoveram, ainda sob a vigência da legislação revogada, uma alteração substancial no conceito de sentença, que desde então vem sendo delimitado em função do conteúdo. Nesse sentido, o CPC/1973, após reformas legislativas, afirmou em seu art. 162, § 1º, que: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Sem desconsiderar o conteúdo da decisão para sua delimitação conceitual, prevista agora pelos arts. 485 e 487, o CPC/2015 estabelece, ao lado desse requisito, que a decisão judicial tenha aptidão para encerrar o módulo processual, agora nos termos do art. 203, § 1º: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.[277]

Por módulo processual, entendemos a conjugação do binômio: método e contraditório. Assim, se o processo se apresenta pela prática concatenada de atos, alinhados sob as diretrizes do contraditório, ao tempo que essa atividade define o módulo cognitivo ou executivo, também se presta para identificação da sentença, pois esta será o ato capaz de encerrá-lo.

Em decorrência dos aspectos hermenêuticos envolvidos na prática da decisão, e da racionalização do procedimento, entendemos que a sentença deve ser a resposta judicial adequada à peculiaridade fática da causa, encerrando o processo ou uma de suas fases.

A ressalva é feita para alguns procedimentos especiais, a exemplo da divisão e demarcação de terras, que apresenta duas fases cognitivas e, por essa razão, dispõe para as partes duas sentenças: a primeira, parcial, encerra um módulo cognitivo; a segunda encerra o módulo cognitivo seguinte e, com ele, o processo.

21.9.1 Classificação das sentenças de procedência: conteúdo e efeito

Classificar é também fazer escolhas, dentre os possíveis critérios metodológicos, na apresentação da matéria. Em razão do perfil didático deste curso, adotamos proposta já conhecida na doutrina brasileira. Passamos, portanto, ao estudo das sentenças de mérito, de acordo com o seu conteúdo, o que significa dizer: levaremos em conta os aspectos que integram a decisão, lhe dando identidade, sem com isso desconsiderar outras formas de classificação apresentadas na seara acadêmica. O estudo se restringe às decisões de mérito, uma vez que as sentenças de improcedência, em quase todos os casos, se limitam a uma declaração.[278]

Eleito o conteúdo como critério para a compreensão da matéria, podemos apresentar três espécies de sentenças definitivas: meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias.

A legislação processual adotou a tese dos capítulos de sentença, e, por essa razão, devemos observar eventuais pluralidades no dispositivo. Afinal, é perfeitamente possível que o pronunciamento judicial traga conteúdos distintos, como a decisão que decreta a rescisão de contrato de locação (constitutiva) e condena o réu ao pagamento do valor decorrente da cláusula penal (condenatória).

Ao final do estudo de cada uma dessas espécies, são feitas considerações sobre os efeitos decorrentes da decisão judicial, a fim de identificar as relações dessa classificação com a natureza do direito afirmado em juízo.

21.9.1.1 Meramente declaratória

A sentença meramente declaratória traduz a certificação da existência, inexistência ou do modo de ser da relação jurídica. Nessa categoria também se enquadram os pronunciamentos de falsidade e autenticidade documental.

Como o exercício da jurisdição ainda hoje carrega referências metafísicas, é comum se identificar, no meio jurídico, que a decisão judicial declara a existência do direito material preexistente, sendo

essa, para muitos, a finalidade da atuação judicial. Não é disso, entretanto, que vamos tratar.

A sentença de mérito declaratória promove a certificação, eliminando com isso qualquer dúvida jurídica sobre o tema. Essa certificação é própria das decisões de mérito, sendo espécie autônoma em nossa classificação, porque a decisão pode limitar-se à declaração. É o que se verifica, por exemplo, no reconhecimento da paternidade ou naquelas em que se reconhece em juízo a existência de união estável.

Como bem observa Alexandre Câmara,[279] a decisão de mérito promove acertamento (declaração) sobre a relação jurídica afirmada em juízo, e não sobre os fatos que lhe são correlatos. O tema merece destaque, uma vez que o CPC consagra, pelo art. 20, a possibilidade de a parte obter declaração de violação a direito. Isso, ao que entendemos, não se reporta à ocorrência do fato, mas sim à relação jurídica decorrente dele, delimitando, assim, a possibilidade de futura e eventual indenização. É dizer, com linhas mais simples: a prática da violação pode gerar o dever de indenizar. Embora seja comum que o demandante, nesses casos, afirme em juízo a existência de uma relação jurídica decorrente da violação, em que ele se apresenta como credor e o agressor, como devedor, a fim de pleitear sua condenação, nada impede que a pretensão do demandante se limite à certificação da existência dessa relação jurídica. Certifica-se a existência de uma relação jurídica na qual o demandante pode aparecer como titular de um direito de crédito em face do demandado, sem que a decisão judicial autorize a prática de atos executivos para a satisfação desse direito de crédito já reconhecido em juízo.

Destarte, enquanto a declaração das relações jurídicas afirmadas em juízo é regra, a certificação da ocorrência de fatos por decisão judicial é medida pontual, cuja autenticidade ou falsidade do documento servem como exemplos.

Como a pretensão das partes é normalmente alcançada pela manifestação judicial, quer seja para certificar a existência, quer seja para certificar a inexistência, ou, ainda, especificar o seu modo de ser, não se faz necessário futura ação executiva, com emprego de

atos estatais, para a satisfação. Nesses casos, basta a declaração judicial.

Seu efeito, como se pode deduzir, é a certeza acerca da relação deduzida no processo que, por essa razão, não é discutida uma segunda vez, em benefício da segurança jurídica.

21.9.1.2 Constitutiva

A decisão constitutiva, para além da declaração acerca da existência ou inexistência da relação jurídica afirmada no processo, determina uma criação, modificação ou extinção. Trata-se, portanto, de decisão complexa, que agrega, à certeza da declaração, em momento lógico posterior, um comando com efeitos práticos relevantes para a causa.

A sentença constitutiva pode determinar a criação de relação jurídica, a exemplo da adoção. Pode impor modificação, tal como acontece nas causas em que a pretensão da parte, em sendo julgada procedente, implica revisão contratual. Há sentenças, ainda, que determinam a extinção da relação jurídica, a exemplo do divórcio.

A principal característica da sentença constitutiva está na correlação com os direitos potestativos. Explique-se: o direito potestativo consiste no poder de influenciar a situação jurídica de outrem. Como esse direito não reclama o comportamento de um terceiro, pode-se deduzir que ele, em regra, também não admite violação. Retome-se, como exemplo, as ações de divórcio, em que um dos cônjuges resolve influir na relação matrimonial, de sorte a extinguir o vínculo. Ao final do processo, a decisão judicial trará, em seu conteúdo, além da declaração, uma ordem, um comando para que se promova o desenlace. Ressalte-se, em função da oportunidade, que a sentença não encerra por si o casamento, mas estabelece o comando para a consequente alteração do registro civil. Sob essa perspectiva, a sentença constitutiva traz a ordem, enquanto a extinção é sua consequência natural. É, portanto, seu efeito.[280]

A decisão, nesses casos, transforma o direito da parte em uma ocorrência fática. Isso, via de regra, atende à pretensão deduzida, o que dispensa a prática de outros atos processuais para sua realização. É dizer, com linhas mais simples: sentenças constitutivas também não demandam, em regra, a prática de atos executivos.

21.9.1.3 Condenatória

Sentenças condenatórias, assim como as sentenças constitutivas, são complexas, e apresentam, ao lado da declaração, um segundo pronunciamento. De início, reconhecem um dever jurídico e, no instante seguinte, empregam um comando para que a parte adote um comportamento: fazer, não fazer, entregar coisa ou dinheiro.

Essa espécie de decisão, como se pode deduzir, atrela-se, hodiernamente, a direitos subjetivos. Direitos que reclamam uma prestação e, por essa razão, admitem violação. Tome-se, por exemplo, demanda judicial que afirme relação jurídica na qual o autor seja titular de um direito de crédito – decorrente de um contrato de compra e venda – e o réu seja titular de um dever jurídico, correlato ao direito do autor. A hipótese revela que a satisfação do direito, nesse caso, não se faz pela mera declaração, mas pela atuação de outrem, que pode ser voluntária, por parte do condenado, ou forçada, por parte do Estado, a fim de garantir a satisfação concreta desse direito de crédito.

A atividade executiva, eventualmente destinada à satisfação do direito reconhecido, compreende os meios coercitivos, tais como a incidência de multa ou prisão civil, bem como os meios de sub-rogação, em que o Estado substitui o condenado e garante o cumprimento da decisão judicial, o que rotineiramente se faz pela penhora de bens, avaliação e expropriação de bens, admitindo-se, ainda, diante da insuficiência ou inutilidade dos meios típicos, o emprego de medidas atípicas, eventualmente empregadas, com amparo no art. 139, IV.

O amadurecimento das percepções jurídicas sobre a dimensão e o reflexo da isonomia material provocou mudanças significativas na

técnica legislativa disposta à satisfação do direito. Se num primeiro momento, por influência positivista, navegamos pela igualdade formal – com o respectivo distanciamento do caso concreto e a uniformização da resposta, em perspectiva abstrata que pouco contribuiu para realizar os direitos fundamentais –, em outro, essa compreensão de mundo fez com que as sentenças condenatórias traduzissem apenas o dever de indenização. Na prática, qualquer que fosse a natureza da obrigação contratada e inobservada (fazer, não fazer, entregar coisa ou dinheiro), a pretensão deduzida em juízo levaria apenas ao pagamento de perdas e danos, em exercício procedimental que colocava o pagamento de indenização como pedido implícito, e simplificava o exercício da jurisdição em certificar e calcular a indenização, como se dinheiro fosse a resposta para todos os males.

É evidente que a retomada da faticidade e a nova proposta de isonomia material trouxeram, para o processo civil, a complexidade do caso concreto, e, com isso, a necessidade de respostas adequadas às especificidades da causa. Por essa razão, aos poucos, o Código revogado introduziu novas técnicas para a satisfação do direito, permitindo que diante da peculiaridade, e com respeito ao contraditório, o juiz criasse normas (aqui compreendidas como o resultado da interpretação), para assegurar o resultado prático equivalente àquele decorrente do cumprimento voluntário. É dizer: as sentenças condenatórias, nesse novo horizonte processual, determinam a adoção do comportamento específico para o cumprimento da obrigação. Condenam, portanto, o réu, na adoção de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, dispondo, para tanto, de uma série de medidas destinadas ao melhor exercício da jurisdição. Observa-se ainda, que somente diante da impossibilidade do resultado e de situação equivalente, pode-se retomar a indenização como resposta, ou quando assim se manifestar o próprio demandante.

Sobre o tema, dispõe o art. 497 do CPC/2015 que: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará

providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente".

Como a declaração é um antecedente lógico das sentenças complexas (constitutivas e condenatórias), seu delineamento exerce influência direta no segundo momento da decisão. Exemplo dessa correlação se identifica pelas condenações genéricas, em que a impossibilidade momentânea de certificar o *quantum* devido elide a possibilidade da prática de atos executivos para a satisfação concreta do direito. Para casos como esse, o ordenamento processual apresenta o incidente de liquidação de sentença, cujo estudo será feito, oportunamente, no curso desta obra.

Não se pode encerrar este capítulo, sem que se faça referência à classificação quinária, ainda hoje defendida por parte da doutrina brasileira.

Por essa corrente, as sentenças de mérito classificadas em função de seu conteúdo apresentariam outras duas espécies: mandamentais e executivas *lato sensu.* A primeira delas, mandamental, caracteriza-se pela condenação do réu no cumprimento de deveres jurídicos infungíveis. Para tanto, basta imaginar que o autor deduza, em juízo, pretensão de natureza condenatória, para que o réu, na condição de autarquia federal, promova a correção de provas, realizadas em etapa de seleção de mestrado. Nesse caso, o Estado-juiz não pode fazer as vezes do demandado e assegurar, por si, o cumprimento do dever jurídico, por sub-rogação. Trabalha-se, portanto, com medidas coercitivas, tais como a imposição de multa.

Ao que entendemos, a sentença mandamental não se firma como espécie autônoma de decisão condenatória. Sua característica, em verdade, decorre dos meios coercitivos destinados para a satisfação do direito, certificado na primeira parte da decisão, e já não encontra muitos adeptos nos dias atuais.

Por fim, a outra espécie mencionada pela classificação quinária traz a sentença executiva *lato sensu*. Esse pronunciamento condenatório foi confirmado no Código revogado, por se admitir, na época, que decisões judiciais, excepcionalmente, fossem executadas no mesmo processo. A regra seria: um módulo cognitivo

para exarar a sentença condenatória, e outro, executivo, para a satisfação concreta do direito certificado pela decisão. Gradativamente, entretanto, o legislador foi alterando as bases procedimentais para que cognição e execução ocupassem uma única relação processual. Na prática, isso dispersou a importância da sentença executiva *lato sensu*, que passou a descrever o procedimento padrão, não sendo mais oportuno sustentar sua autonomia dentro da classificação das sentenças de mérito.

Certo de que o CPC/2015 compreendeu essa unidade do processo cognitivo, em que decisões condenatórias e as correlatas e eventuais execuções correm em processo único, resta concluir pela superação dessa classificação quinária, e seguir com a já mencionada classificação trinária das decisões.

CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO		
Conteúdo	**Efeito**	**Exemplo**
Sentença meramente declaratória – declaração.	Acertamento/delimitação dos fatos e/ou dos termos da relação jurídica.	Reconhecimento de união estável.

CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO		
Sentença constitutiva: declaração + comando para criar, modificar ou extinguir relação jurídica.	Como efeito, tem-se a criação, modificação ou extinção da relação jurídica, os termos da decisão.	Sentença que determina o divórcio, com a consequente alteração do estado civil; sentença que declara a paternidade entre criança ou adolescente e investigado (ação de investigação de paternidade).
Sentença condenatória: declaração + comando para que o réu adote um comportamento: fazer, não fazer, entregar coisa ou dinheiro.	A possibilidade de se instaurar execução forçada.	Sentença que condena o réu a entregar quantia certa para indenizar o autor, por danos materiais e/ou morais; sentença que condena a pagar alimentos.

21.10 HIPOTECA JUDICIÁRIA

A hipoteca é um direito real de garantia, capaz de gerar, para seu credor, preferência sobre o produto da excussão do bem, para a satisfação do direito. O art. 495 do CPC trata da hipoteca judiciária como efeito do pronunciamento judicial que condena a pagar quantia certa, diretamente, pela dedução da inicial, ou por meio de conversão em perdas e danos, no curso do processo.

Sua constituição demanda apresentação da sentença perante o respectivo cartório e não depende de ordem judicial. Promovida a averbação, deve-se informar o juiz da causa, para que determine, em ato contínuo, a intimação da parte contrária para que tome ciência do ato.

A constituição da hipoteca judiciária gera o direito de preferência, quanto ao pagamento, perante outros credores. Esse direito, entretanto, observa a prioridade do registro. Em termos práticos isso significa dizer que: quem primeiro promove o registro da penhora goza de preferência para receber o crédito.

Eventual alteração na decisão judicial que viabilizou a hipoteca judiciária impõe para a parte a responsabilidade de arcar com o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da hipoteca, já que nessa circunstância, a responsabilidade é objetiva, o que dispensa a demonstração de culpa ou dolo. O valor, nesse caso, deve ser apurado em liquidação, nos próprios autos.

21.11 REMESSA NECESSÁRIA

A remessa necessária é instituto de há muito previsto na legislação brasileira, sendo expressa no Código revogado e mantida no ordenamento atual, por força do art. 496 do CPC. Sua redação informa que algumas sentenças não produzem efeitos, até serem confirmadas pelo órgão jurisdicional superior.

A revisão, imposta pelo dispositivo, se aplica aos casos em que nenhuma das partes interponha recurso, o que leva parte da doutrina a identificá-la como duplo grau obrigatório de jurisdição.

Essa medida processual, na prática, remete, para o órgão revisor, decisões proferidas contra a União, Estados, Distrito

Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. O mesmo se aplica para as decisões que julgam procedentes, total ou parcialmente, os embargos à execução.

A disposição das partes sujeitas a essa prerrogativa nos permite concluir que a remessa necessária, em verdade, se apresenta como medida protetiva da Fazenda Pública. Por essa mesma linha de raciocínio, justifica-se a remessa parcial, quando o recurso não atacar todos os capítulos da decisão que de alguma forma imponham gravame para a Fazenda.

A prerrogativa, entretanto, não se aplica em algumas circunstâncias, pois a legislação estabelece limites ao instituto, em função da expressão do proveito econômico, ou em decorrência da espécie de fundamentação da decisão. Assim, por exemplo, o reexame necessário não incide nos casos em que a condenação seja inferior a mil salários mínimos para a União, suas respectivas autarquias e fundações de direito público; de quinhentos salários mínimos, para os Estados, Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como para os Municípios que constituam capitais dos Estados; e ainda, quando a condenação não ultrapassar o valor de cem salários mínimos para os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. Em todos esses casos, o exercício do duplo grau de jurisdição não é automático, submetendo-se à interposição do recurso por parte da Fazenda Pública.

Como a primeira hipótese de exceção à remessa necessária se pauta pelo valor do proveito econômico, é natural que a sentença atente para a certeza e liquidez, pois condenações genéricas não permitem a aferição prévia do cumprimento desse requisito legal, para justificar o afastamento da prerrogativa.

Admitem-se também, como segunda exceção ao instituto, hipóteses em que a sentença tenha por fundamento súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; quando pautar-se por entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e, ainda, quando a decisão coincidir com orientação vinculante firmada no âmbito

administrativo do próprio ente público, desde que consolidada por manifestação, parecer ou súmula administrativa. Como nenhuma dessas possibilidades tem amparo na expressão econômica, ainda que a sentença careça de liquidez, entendemos, não se justifica a remessa necessária para o órgão revisor.

Ao preterir a remessa obrigatória nos casos de decisão pautada em súmula de tribunal superior, e aqui se enquadram os enunciados de natureza persuasiva do STF e do STJ e também as súmulas vinculantes, o Código de Processo Civil reforça a vinculação das decisões de primeira instância, em provável benefício da coerência e da segurança jurídica. Pela mesma razão, também se justifica a dispensa do reexame, nos casos em que a decisão se coadune com o entendimento colegiado, proferido no julgamento dos recursos extraordinários repetidos (STF) ou dos recursos especiais repetidos (STJ).

Já o entendimento firmado em IRDR ou IAC, que no ordenamento processual reforçam verticalmente o entendimento dos tribunais estaduais e regionais federais, produz enunciados vinculantes para a atuação de primeiro grau, o que, evidentemente, se aplica para a sentença. Dito com outras palavras: o entendimento firmado nesses casos vincula a decisão judicial do magistrado e, pela mesma razão, afasta a necessidade de revisão por parte do órgão superior.

A última hipótese ventilada no CPC/2015 refere-se à possibilidade de não incidência da prerrogativa, quando a sentença proferida vier ao encontro de ato administrativo persuasivo. É dizer: há casos em que a própria administração estabelece a desnecessidade de recorrer da condenação, que, por essa razão, admite o acerto do pronunciamento judicial e suporta sua execução.

[273] BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>.

[274] Sobre a teoria da decisão, é fundamental consultar-se *Verdade e Consenso*, de Lenio Streck.

[275] STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

[276] Como resultado das reformas processuais ocorridas entre 1994 e 2005, não mais se fizeram necessários dois processos autônomos: cognitivo e executivo, para a entrega da tutela jurisdicional.

[277] As hipóteses ventiladas nesses artigos (485 e 487 do CPC/2015) foram tratadas no primeiro volume deste curso, e traduzem casos de extinção sem resolução de mérito, como aquelas decorrentes da falta de um pressuposto processual; e casos de resolução de mérito, como a condenação do vencido nos termos da inicial.

[278] Uma exceção se faz pela declaração de inconstitucionalidade, que, nesse caso, apresenta natureza constitutiva.

[279] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 286.

[280] Se, por um lado, a sentença constitutiva apresenta três espécies de comando; de outro, pode-se afirmar que, por qualquer deles: criação, modificação ou extinção, nasce uma relação jurídica nova, decorrente do pronunciamento judicial, e, por isso, albergam-se todos eles sob a rubrica constitutiva.



22.1 INTRODUÇÃO

O estudo das tutelas provisórias, como espécie de técnica processual diferenciada, deve considerar o horizonte constitucional de retomada da faticidade. Afinal, por essa razão, desenvolvemos vias diferenciadas para tratar adequadamente da peculiaridade demonstrada pelos fatos.

A legislação revogada, num primeiro momento, abraçou a faticidade pela adoção de procedimentos especiais. Esse esforço trouxe para o processo civil, em alguma medida, atenção para com a natureza do direito afirmado, dispensando-lhe razoável efetivação, mas não superou as referências positivistas da época, vez que a disposição dos atos processuais era quase que exclusivamente pautada pela objetividade das regras, para, ao final, embasar a decisão no livre convencimento motivado.

Superando esse quadro normativo, aos poucos, adotamos novas fontes legislativas, tais como os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Isso, ao que se busca evidenciar, permite respostas adequadas à especificidade da demanda; já a atuação jurisdicional – hoje pautada pela adequação, razoabilidade e proporcionalidade – é delimitada pelo diálogo com a especificidade da causa. É dizer, com linhas mais simples: além de

investir em procedimentos diferenciados, o ordenamento processual investiu também em novas formas de regulamentação da relação processual.

Assim, ao tempo que o procedimento específico para a tutela dos direitos foi sendo redesenhado pela absorção dos princípios, com toda a responsabilidade constitucional de sua interpretação e o peso de nossa tradição jurídica na manutenção da coerência e da integridade do ordenamento, também a própria tutela, que aqui se emprega como técnica diferenciada, ganhou sentidos mais amplos para compreender a complexidade do caso concreto em lhe emprestar proteção, nos termos da nova legislação.

É notória a impossibilidade de anteciparmos as respostas processuais, de modo exaustivo, para compreender as hipóteses que reclamam respostas mais céleres e específicas. Não por outra razão, admitimos, com base no poder geral de cautela, a adoção de medidas atípicas para uma melhor resposta jurisdicional.

Na esteira desse pensamento, dispõe o Enunciado 31 do FPPC que: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”. Diríamos, ainda: foi ampliado e deve suprir, pelas mãos do contraditório e da fundamentação, a falta de previsões taxativas das medidas judiciais, proferidas em caráter provisório.

Resta claro, portanto, que essa proteção jurídica, ainda que provisória, não se pode alcançar somente pelo procedimento cartesiano, vez que a diversidade da vida supera sempre a previsão processual.

Se um mínimo de regras é necessário para racionalizar o exercício da jurisdição, por outro lado, o emprego da adequação, enquanto princípio, mensurado diante da especificidade da demanda, legitima a decisão judicial pela consideração de fatos diferenciados em razão da urgência ou da evidência.

É sob essa perspectiva que nos propomos a estudar as tutelas provisórias estabelecidas no livro V do novo Código de Processo Civil.

22.2 TUTELAS PROVISÓRIAS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Tutela provisória, aqui, é empregada como técnica processual, diferenciada pela cognição sumária. Sob essa denominação, apresentam-se duas espécies: a primeira, de urgência, se subdivide em tutela antecipada e tutela cautelar; a segunda se identifica pela tutela de evidência.

Em qualquer das espécies, urgência ou evidência, é possível constatar que o procedimento diferenciado se justifica pela adequação da resposta judicial ao mandamento constitucional da isonomia material. Na prática, isso significa dizer que o legislador, cumprindo o seu dever, disponibilizou, ao lado do regramento convencional, uma alternativa de rito processual, capaz de viabilizar respostas adequadas às peculiaridades da demanda, sejam elas decorrentes do tempo ou da extrema probabilidade de ganho por parte do demandante.

Feitas as considerações sobre as razões da tutela diferenciada, seguimos para analisar o que se deve compreender por tutela provisória, com destaque para a estabilidade das decisões proferidas por essa via processual.

É certo que a decisão judicial, como exemplo de ato jurisdicional, destaca-se dentre os outros atos estatais (legislativo e executivo), como único capaz de tornar-se imutável e indiscutível, sendo esta, inclusive, sua característica mais marcante. Todavia, dentro de nosso sistema jurídico, podemos identificar que apenas uma parcela das decisões goza dessa imutabilidade, vez que essa autoridade, característica das decisões de mérito, quase sempre cobra das partes um tempo maior entre a apresentação da demanda e o fim do processo, em prol da certeza jurídica.

De fato, permitir que somente graus exaurientes possam autorizar decisões judiciais é desconsiderar, dessa forma, muitas vezes, a existência do direito e a própria finalidade do processo, já que o tempo, não raramente, se apresenta como principal inimigo para a realização dos direitos.

Há, pois, que se admitir e regular formas de atuação que viabilizem respostas mais rápidas, ainda que o juízo formado se paute pela probabilidade. Ademais, deve-se observar que a certeza com a qual trabalhamos não se inspira em padrões matemáticos, pois decorre da interpretação dos fatos.

A cognição exauriente, tradicionalmente ligada à certeza jurídica, que em momento posterior se afirma como requisito para a imutabilidade das decisões judiciais, advirta-se, não revela uma verdade antecipada pelo direito material, nem, tampouco, traduz convicções individuais. Pensar assim é desprezar quase dois séculos de desenvolvimento das ideias e ignorar que o Estado Democrático de Direito, pautado pela isonomia material, assume a responsabilidade de entregar respostas adequadas à identidade da demanda.

A certeza jurídica, no contexto contemporâneo, é consequência de uma percepção dialógica, que tanto pode ser obtida em contraditório, pelo exaurimento da instrução probatória, como pelo consenso das partes, em questões que admitam autocomposição. Assim, por exemplo, sentenças homologatórias de acordo, renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido, gozam dos mesmos efeitos que sentenças proferidas em relações jurídicas, cuja relação afirmada em juízo é contestada pelo réu, com a consequente atividade probatória e a incidência de um contraditório efetivo na construção de uma resposta adequada às especificidades da causa.

Em síntese: a cognição exauriente fundamenta a experiência de decisões imutáveis, em nome da segurança jurídica. Essa, entretanto, não se verifica pela essência nem pela consciência, mas sim pelo cumprimento das garantias processuais no exercício da jurisdição, que no atual modelo constitucional de processo, emprestam legitimidade à decisão judicial, pela motivação consistente que expõe as percepções do julgador, necessariamente submetidas a um constrangimento epistemológico, para assegurar as referências semânticas de nossa tradição jurídica, na linha da integridade.

22.3 MOTIVAÇÃO E URGÊNCIA

A motivação das decisões judiciais, como se pôde registrar em linhas anteriores, é princípio constitucional basilar do Estado de Direito e, por essa razão, incide na prática dos atos jurisdicionais decisórios. Sua expressão é ampliada pelo CPC, e deve, necessariamente, ser aplicada nos atos de concessão, revisão ou cancelamento das medidas diferenciadas, que pelo emprego das técnicas de urgência ou evidência, albergadas pelo gênero das tutelas provisórias, asseguram o correto exercício da jurisdição.

Como não é possível antever todas as hipóteses que reclamam urgência ou evidência, dispõe o art. 297 do CPC/2015 que: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”.

Firmada a premissa de que o emprego dos princípios é consequência inexorável da retomada do discurso entre o direito e a faticidade, pode-se concluir que o sentido da adequação só se vai extrair diante da demanda. Dito com outras palavras: somente pela consideração do caso concreto poderemos aplicar medidas adequadas. Sendo o princípio uma espécie de norma jurídica, ao tempo que ela fundamenta as decisões judiciais, deve, para tanto, ainda que com maior apreço da celeridade, observar o roteiro do art. 489, no que se refere à fundamentação e ao contraditório.

Sobre o tema, dispõe o art. 298 do CPC/2015: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. A execução da medida, por sua vez, vai observar as normas referentes ao cumprimento de sentença, no que couber.

Há, pois que se justificar o emprego de medidas adequadas e que se demonstrar os parâmetros hermenêuticos para sua delimitação semântica, ainda quando a causa reclame respostas mais céleres.

22.4 COMPETÊNCIA

As regras de competência foram estudadas em linhas anteriores deste curso. Entretanto, consideramos aqui as disposições específicas estabelecidas pelo legislador para as tutelas provisórias.

Com base no art. 299, pode-se afirmar que a tutela provisória deve ser requerida ao juízo da causa, quando o pedido for incidente. Isso, evidentemente, implica distribuição por dependência, e afirma, para a hipótese, um exemplo de competência funcional, que pressupõe a existência de prévia relação jurídica em andamento.

Tratando-se de requerimento deduzido em caráter antecedente, quando, por exemplo, o risco proveniente do tempo for contemporâneo à propositura da petição inicial, com o respectivo pedido da tutela provisória, deve-se observar as regras de competência que identifiquem o órgão legitimado para exercer a jurisdição quanto ao pedido final.

Ressalvadas as disposições especiais, quando a competência para o julgamento da causa for originária dos tribunais ou quando estes exercerem, em razão do duplo grau de jurisdição, competência recursal, a tutela provisória será requerida ao órgão competente para apreciar o mérito.

Considera-se, ainda, o fato de que a competência funcional, por atender a interesse público, não admite derrogação por vontade das partes, mesmo que haja consenso sobre a questão.

22.5 EFEITOS

A técnica processual da tutela provisória pauta-se pela cognição sumária, autorizando decisões judiciais fundadas na probabilidade do direito afirmado em juízo. Sua natureza, pode-se deduzir, é precária, e admite revogação ou modificação enquanto houver exercício de jurisdição, como bem observa a redação do art. 296 do CPC/2015.

De fato, a superficialidade do exame e mesmo a limitação eventual das alegações, muitas vezes só feitas pelo demandante, quando o deferimento decorre de decisão liminar, permitem que novas alegações sejam deduzidas ou mesmo que a percepção dos

fatos seja alterada pela instrução processual. Dito de maneira mais simples: novos elementos, não considerados no momento da decisão, podem justificar sua revogação ou modificação da medida judicial.

A precariedade, nesses casos, autoriza revisões de ofício, não sendo imperioso que as partes do processo interponham recurso para alterá-la. É dizer: o juiz pode modificar a decisão, mesmo sem provocação, desde que apresente as razões para a prática do ato.

Observa-se também que a execução da medida judicial pode causar danos para o demandado, ainda quando não se possa garantir a definitividade do pronunciamento ou a prévia oitiva do demandado.

No que pese a ampla percepção do contraditório, o próprio legislador, ao dispor sobre a matéria, nos termos de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, estabelece, dentre as exceções, a hipótese de decisão que concede tutela provisória de urgência.

A exceção se justifica pela natureza da tutela, que nesse caso reclama urgência e merece tratamento diferenciado, não se adequando ao exercício regular do procedimento comum. Do contrário, seguidas as disposições gerais para a citação e comparecimento à audiência, com possível resposta do réu, perder-se-ia por completo a possibilidade de emprestar efetividade ao direito pela técnica diferenciada da cognição sumária.

22.6 RESPONSABILIDADE

A responsabilidade processual pode ser subjetiva ou objetiva. Tratando-se de tutelas provisórias, dispõe o novo Código de Processo Civil que a parte responde pelo prejuízo decorrente da efetivação da medida de urgência (cautelar ou antecipada), independentemente de culpa. Incide, portanto, responsabilidade objetiva na reparação do dano processual, prevista para a seguinte hipótese: se a sentença lhe for desfavorável, o que pressupõe resultado final contrário aos interesses do demandante, quer por

improcedência do pedido principal, quer por extinção sem resolução do mérito. Será também responsabilizado quando, obtida liminarmente a decisão, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido, no prazo de cinco dias. Responde ainda, objetivamente, o requerente, se cessar a eficácia da medida, em qualquer hipótese legal. Essa afirmação, entretanto, não autoriza qualquer previsão legislativa, pois não há que se responsabilizar o demandante pelo exaurimento dos efeitos. É dizer: o exaurimento dos efeitos da medida judicial provisória de urgência pode decorrer do esgotamento de sua finalidade. Isso, ao tempo que não implica, por si só, extinção do processo, que poderá seguir para eventual confirmação do provimento, em cognição exauriente, também não autoriza a recomposição de perdas junto ao requerido, se a relação processual continuar e, ao final, confirmar o acerto da decisão liminar.

Admite-se ainda, a responsabilização, quando o magistrado acolher as alegações de decadência ou prescrição da pretensão deduzida pelo autor.

As hipóteses ventiladas são exemplificativas, pois há outras circunstâncias legais para a recomposição dos danos processuais. A indenização será liquidada nos autos em que foi proferida a medida, sempre que for possível, a fim de que se possa verificar, com celeridade e racionalidade, a expressão patrimonial do dano.

Conjugando-se as ideias da probabilidade do juízo decisório com o eventual dano decorrente de sua execução, antevê a legislação, por precaução, que a concessão das medidas de urgência observe a prestação de caução real ou fidejussória. Trata-se, em verdade, de medida contracautelar, exigida de ofício pelo magistrado, a fim de evitar que entre a execução da medida e sua eventual confirmação, com base em cognição exauriente, o requerido sofra danos de difícil ou impossível reparação, no que se convencionou chamar de *periculum in mora inverso.* A exigência, entretanto, não se impõe nos casos de hipossuficiência do requerente. Do contrário, teríamos óbice evidente para o acesso ao serviço jurisdicional.

22.7 TUTELA DE URGÊNCIA

A urgência é um fato que evoca a faticidade para o procedimento, mas não encerra as exigências legais, pois o requerente deve ainda observar a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Em decorrência dessa disposição, podemos afirmar que, em qualquer das duas modalidades de tutela de urgência (cautelar ou antecipada), exige-se a demonstração de risco iminente, resultante do tempo. O perigo tanto pode tangenciar a utilidade do processo, caso em que a medida judicial assume natureza cautelar, ou mesmo, a própria existência do direito material, caso em que a decisão se identifica pela natureza antecipada.

O *periculum in mora*, contudo, não é suficiente para o emprego da técnica processual. Deve-se ainda, em razão da natureza sumária da cognição, demonstrar a razoável chance de existência do direito afirmado em juízo, vazada nos termos do *fumus boni iuris.*

No sentido do texto, dispõe o art. 300 que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Exige-se, portanto, além do risco decorrente do tempo, a demonstração da probabilidade, pela já consagrada expressão *fumus boni iuris.*

O emprego da técnica processual diferenciada pela cognição sumária, como se procurou demonstrar, atende, nos casos da tutela de urgência, a uma necessidade de adequação do procedimento à peculiaridade da causa. Por essa razão, é possível obter, em casos assim, um atuar concreto do Judiciário, liminarmente ou após justificação prévia. Significa isso dizer que a decisão judicial que concede a medida de urgência pode anteceder a oitiva da parte contrária, ainda quando essa venha a suportar, de imediato, os prejuízos decorrentes de sua execução.

A decisão liminar, aqui, não afronta o contraditório, pois no que pese a redação empregada pelo art. 9º, sob os termos de que não será preferida decisão contra uma das partes sem que ela seja

previamente ouvida, o inciso I desse mesmo dispositivo excepciona a oitiva prévia, para os casos da tutela provisória de urgência.

Registre-se, ainda, que o termo liminar informa o momento inicial do processo, que assim permanece até a entrega da resposta. Decisão liminar, portanto, é decisão proferida nesse interstício, entre a propositura da demanda e a manifestação do demandado ou requerido, seja ela sentença, decisão interlocutória ou monocrática.

Isso, entretanto, não autoriza a concluir pela impossibilidade de manifestação do réu, que, por força do mandamento constitucional, deve ter assegurada a possibilidade de participação, ainda que, excepcionalmente, isso se verifique em momento posterior ao pronunciamento judicial.

Feitas as considerações sobre o conceito, as razões e os requisitos gerais para a admissão, passamos ao estudo de suas espécies.

22.7.1 Tutela cautelar

A tutela cautelar é espécie de tutela de urgência que se destina a assegurar o futuro resultado útil do processo. Para tanto, combatem-se os efeitos do tempo sobre sua efetividade, a fim de preservá-la durante o exercício da jurisdição. Assim, por exemplo, justifica-se a adoção de tutela provisória de urgência cautelar para preservar, no patrimônio do devedor, um mínimo de bens, passíveis de penhora, para a realização concreta do direito de crédito, se antes da decisão judicial condenatória ou mesmo da formação do processo de execução, o devedor estiver dilapidando seu patrimônio.

A marca característica da tutela cautelar reside na preservação de situações que assegurem o resultado útil do processo, sem que essa medida judicial promova, por si, a satisfação do direito material. Com outras palavras: a tutela provisória cautelar não viabiliza a realização prática do direito afirmado, mas preserva a capacidade de se alcançar essa realização, ao final do processo.

A disposição normativa das medidas cautelares, como se registrou em linhas anteriores, é feita em menção exemplificativa, sem prejuízo do poder geral de cautela.

Sobre o tema, dispõe o art. 301 do CPC que: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito”. Evidente, portanto, a superação do modelo de medidas específicas para a tutela adequada do direito.

Seguimos agora com o estudo do procedimento para a concessão das medidas de urgência cautelar, que, pela disposição legal, pode ser antecedente ou incidente.

22.7.1.1 Tutela cautelar antecedente e incidente: procedimento

O requerimento da tutela cautelar antecedente observa requisitos específicos, vez que a petição, nesse caso, inaugura relação jurídica processual, sem a necessária dedução do pedido principal.

De início, dispõe o art. 305 do CPC que a exordial indique a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o risco decorrente do tempo, para o resultado útil do processo. Trata-se, aqui, dos requisitos gerais da tutela provisória, já mencionados na abertura deste capítulo, pelos termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora.*

Exatamente por serem esses os requisitos da tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), a discordância do juiz sobre a natureza do provimento, desde que não ultrapasse uma das duas espécies, reclama oitiva do demandante para que se manifeste, com possível conversão da técnica cautelar em outra, de natureza satisfatória, ou, em sentido inverso, converta em cautelar, a técnica inicialmente dispensada para a tutela antecipada.

Ao deduzir o pedido de medida cautelar antecedente, o requerente deve atribuir o valor da causa, tendo por referência a expressão econômica do benefício a ser auferido no final do processo. Deve, ainda, recolher as custas necessárias para seu desenvolvimento, já nesse momento inicial, já que a dedução do pedido principal, por não criar novo processo, dispensa o

pagamento de novas custas (art. 308, *caput*). Registre-se ainda, pela oportunidade, que desde a apresentação da petição inicial, faculta-se ao demandante apresentar o pedido principal, juntamente com o pedido cautelar.

Não havendo dúvidas sobre a natureza do pedido, com possíveis consequências para a fungibilidade da tutela (cautelar – antecipada), o réu será citado para apresentar resposta e indicar as provas que pretende produzir, no prazo de cinco dias.

A ausência de contestação também aqui é fato qualificado como revelia, o que autoriza a produção de seu efeito material e permite, por corolário, que as alegações do autor gozem de presunção relativa. A isto, segue o efeito processual que permite o julgamento da demanda no prazo de até cinco dias. Se, entretanto, houver contestação, segue-se, daí por diante, o rito comum.

Deferida a medida cautelar, o requerente deve deduzir o pedido principal no prazo de até trinta dias, caso já não o tenha apresentado em cumulação com o pedido cautelar, quando poderá aditar a causa de pedir para justificar a demanda.

Observado o prazo legal para a formulação do pedido principal, as partes serão intimadas para participar da audiência de mediação ou conciliação. Realizada a prática do ato sem que se obtenha a autocomposição, abre-se o prazo para a entrega da contestação do pedido principal, deduzido pelo autor, na forma prevista pelo art. 335 do CPC, seguindo-se, a partir daí, sem qualquer outra especificidade no procedimento.

Muito embora a decisão provisória admita revisão a qualquer tempo, em razão de sua cognição sumária, a legislação estabelece, pela redação do art. 309, três hipóteses de perda da eficácia. São elas: a perda do prazo de trinta dias para a apresentação do pedido principal; a não efetivação da medida dentro de trinta dias; quando o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem a resolução do mérito.

As previsões se justificam, já que o deferimento de medida cautelar antecedente traduz juízo de probabilidade que não pode se perpetuar em seus efeitos nem mesmo ficar à disposição do autor para exercício indiscriminado. Há, portanto, que se estabelecer

critérios para que a técnica diferenciada da tutela provisória não albergue situações comuns nem sirva de instrumento para o uso indevido da autoridade judicial. Observe-se, por exemplo, que a primeira causa de cessação dos efeitos decorre da perda do lapso temporal de trinta dias para a dedução do pedido principal.

A segunda causa retrata, ainda que de maneira relativa, a desatenção para com o requisito da urgência, traduzida pelo termo *fumus boni iuris,* já que o caso indica circunstância em que, mesmo deferida, a medida cautelar deixa de ser executada no prazo de trinta dias.

Por fim, o legislador apresenta, como causa de perda da eficácia da medida cautelar antecedente, o julgamento pela improcedência do pedido principal ou a extinção do processo sem a resolução do mérito. Em nosso entendimento, a primeira situação se fundamenta pela não comprovação do *fumus boni iuris,* já que a probabilidade demonstrada no início, não se confirmou, ao final, pelo juízo exauriente. A segunda, por sua vez, ocorre pela falta do *periculum in mora,* que, por essa razão, autoriza a extinção do processo.

Abordando a decisão judicial sobre o requerimento da medida cautelar, devemos considerar que seu indeferimento, assim como a perda de sua eficácia, não obsta a que o autor apresente o pedido principal nem exerça influência direta em seu julgamento, vez que o juízo formado para a concessão da medida se pauta apenas pela probabilidade. Todavia, se forem acolhidas alegações de prescrição ou decadência, por serem essas matérias de mérito, pautadas em juízo de certeza, excepcionalmente, a decisão judicial concluirá pela própria inexistência do direito material afirmado pelo demandante, que, por essa razão, não poderá deduzir o pedido principal.

O pronunciamento judicial acerca da medida cautelar antecedente, seja ele liminar ou posterior à entrega da contestação, no prazo de cinco dias, será sempre interlocutório, passível de revisão por meio do recurso de agravo de instrumento, cujas hipóteses são ventiladas no art. 1.015 do CPC, com menção expressa às decisões sobre tutelas de urgência.

22.7.2 Tutela antecipada

A tutela antecipada, enquanto espécie de tutela de urgência, é técnica processual que se destina à realização imediata do direito alegado pelo demandante, nos casos em que o tempo provoca uma situação de risco iminente.

Como se pôde observar nas considerações gerais sobre a tutela provisória, a medida judicial que antecipa os efeitos da decisão final, permitindo, com isso, a realização concreta do direito evocado pela parte, deve ater-se aos requisitos legais, e indicar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris.* Além disso, a tutela antecipada apresenta um requisito específico, firmado pelo art. 300, § 3º, do CPC: "A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão".

Essa exigência formal para a concessão da medida de urgência satisfativa, entretanto, não se aplica com literalidade, pois o caso concreto pode e costumeiramente apresenta situações de irreversibilidade recíproca. Nessas demandas, a concessão da medida e sua posterior execução podem gerar danos irreversíveis, assim como a não concessão pode provocar o mesmo mal.

Sobre o tema, dispõe o Enunciado 419 do FPPC: "Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis". O texto nos permite concluir que situações de extrema urgência, tais como a que demanda o pagamento de pensão alimentícia, em que a dilação processual põe em risco o direito à vida, admitirão tutelas antecipadas, de natureza satisfativa, mesmo quando não se puder restituir o *status anterior*, em eventual falta de comprovação da probabilidade do direito afirmado na inicial.

Chocam-se, evidentemente, vida e patrimônio, e, nesses casos, que aqui servem apenas de exemplo, ainda que não seja possível a segurança da reversibilidade ou a reparação econômica, pela garantia, prima-se acertadamente pela vida, sem olvidarmos de que a técnica processual, para as tutelas provisórias, apresenta procedimento e prazo para a dedução do pedido final, a fim de não se efetivarem indefinidamente os efeitos da decisão provisória. Vejamos então seu procedimento.

22.7.2.1 Tutela antecipada antecedente e incidente: procedimento

A concessão da tutela antecipada, assim como a tutela cautelar, pode ser requerida de forma antecedente ou incidente. Seu procedimento está regulado entre os arts. 303 e 304, cujos termos serão analisados a seguir.

Tratando-se de urgência contemporânea à propositura da demanda, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada – que no Código é também empregada como tutela de urgência satisfativa – e à mera indicação do pedido de tutela final, com a correlata exposição da lide, do direito que se busca realizar e dos demais requisitos relativos à urgência e à probabilidade necessárias para a concessão da tutela provisória. Deve indicar, ainda, o valor da causa.

Como bem observa Alexandre Câmara:

> Tem-se aí uma previsão muito útil, por exemplo, naqueles casos em que a necessidade de se propor a demanda surge fora do horário normal de expediente forense, quando a petição inicial muitas vezes tem de ser elaborada às pressas para ser examinada em primeiro lugar por um juiz plantonista (o qual, como notório, só pode examinar requisitos extremamente urgentes, que não podem sequer esperar pela reabertura dos trabalhos ordinários do fórum).

A técnica processual, portanto, se justifica quando a urgência reclamar imediata propositura da demanda, fora do horário convencional da prestação jurisdicional. A correlação entre o fato e a disponibilidade da tutela diferenciada é relevante, para que se evitem confusões ou aplicações indevidas da cooperação processual para salvaguardar, sem motivo aparente, petições mal formuladas. Não por outra razão, o demandante, na hipótese de requerimento da tutela antecipada antecedente, deve indicar, na inicial, que pretende valer-se do benefício legal previsto pelo *caput* do art. 303.

O autor deve indicar, desde o início, o valor da causa, tendo por referência o pedido de tutela final, em acordo com a disposição do art. 303, § 4º, do CPC.

Havendo qualquer irregularidade na exordial que dificulte o exercício da jurisdição, deve o magistrado observar o dever de correção para determinar, especificamente, o vício a ser sanado, em decorrência do art. 321 do CPC. Entretanto, caso perceba que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, configura-se a hipótese ventilada pelo art. 303, § 6º, devendo o magistrado intimar o autor para emendar a exordial no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo. Trata-se, portanto, de prazos diferentes para o saneamento da correção.

Observados os requisitos legais, a demanda será apreciada pelo magistrado. Sendo deferida, incumbirá ao demandante aditar a petição inicial – para robustecer ou complementar os argumentos deduzidos – juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final, no prazo legal de quinze dias, se prazo maior não for estabelecido, diante da peculiaridade da causa.

Como o aditamento é feito nos próprios autos sem a criação de nova relação processual, dispensa-se, nesse caso, o mesmo tratamento da cautelar antecedente, o que elide a exigência do recolhimento de novas custas. Registre-se ainda, em função da oportunidade, que a ausência de aditamento, sem justo motivo, implica extinção do processo sem resolução do mérito, com a apuração dos danos, dentro do campo da responsabilidade objetiva.

Pelas mesmas razões já pontuadas no estudo da tutela de urgência, admite-se que a decisão judicial que antecipa os efeitos da tutela final possa ser proferida em caráter liminar. Consequência prática disto: após o aditamento da inicial, o réu será citado e intimado. Citado para integrar a relação processual, que já apresenta decisão desfavorável, para a interposição de eventual recurso, e, intimado para comparecer à audiência de conciliação e mediação, nos termos do rito comum, que prevê, diante da impossibilidade de autocomposição, um novo prazo, desta vez, para o oferecimento da contestação.

Atente-se para o fato de que o recurso tem, por objeto de ataque, a decisão judicial interlocutória que liminarmente concede a tutela provisória de natureza antecipada, em acordo com a redação do art. 304. Trata-se, portanto, do agravo de instrumento – para causas que tramitam em primeira instância – ou de agravo interno – quando a competência originária for dos tribunais. Sendo essa a primeira oportunidade de manifestação do réu, eventuais questões preliminares devem ser arguidas no mesmo instrumento recursal. Com essa manifestação, advirta-se, o réu também impede a extinção do processo, com a consequente estabilização dos efeitos da tutela, o que lhe permite seguir na relação processual para uma eventual sentença de improcedência do pedido do autor, dessa vez, pautada em cognição exauriente e, portanto, apta à formação da coisa julgada.

Uma segunda possibilidade, já debatida no STJ, considera que qualquer defesa idônea para evitar a extinção e, com ela, a estabilização dos efeitos das tutelas pode ser apresentada pelo réu. O exemplo mais marcante, nessa hipótese, seria a contestação.

O referencial teórico aqui pretensamente se justifica pela aplicação do art. 218, § 4º, do CPC, que entende válido o ato processual praticado antes mesmo da fluência do prazo. Por essa linha, caso o réu entenda não ser útil a interposição do agravo de instrumento, por ter a decisão liminar já exaurido os seus efeitos ou mesmo por não ter o referido recurso o efeito suspensivo, pode antecipar sua contestação, viabilizando o prosseguimento do processo para uma possível sentença de improcedência do pedido do autor.

Sem prejuízo da boa argumentação desenvolvida por quem defende uma interpretação mais ampla para as possibilidades de resposta, entendemos que, nesse caso, quando o legislador tratou do tema pelos termos interposição do respectivo recurso, o fez já com clara escolha pela admissão mais restrita, reportando-se apenas ao agravo, já que contestação, em nenhuma vertente, é compreendida como recurso e, por essa razão, não é a via adequada para esse caso.

O requerimento incidente, por sua vez, não reclama maiores formalidades, e é feito por simples petição, que observa a prevenção do juízo e as regras da competência funcional.

22.8 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA

A estabilização da tutela vem provocando muitos embates doutrinários. Sua previsão legal se encontra no art. 304 do CPC, que estabelece, para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a possibilidade de a decisão tornar-se estável, se essa não for objeto do respectivo recurso. A isso, segue-se a extinção do processo sem a resolução do mérito, por força de uma segunda decisão judicial, aqui identificada por sentença terminativa. Embora a disposição normativa seja simples, há muito o que considerar.

De início, destacamos que a estabilização não ocorre na tutela cautelar, já que o Código de Processo Civil, ao tratar do tema, o faz no capítulo do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e não nas disposições gerais da matéria. A restrição se justifica, já que as medidas cautelares não são satisfativas.

Em seguida, observamos o fato de que a decisão judicial, passível de estabilização, decorre do procedimento empregado para as causas em que a urgência é contemporânea à propositura da demanda, nos termos do art. 303, que ao quanto aqui se procurou demonstrar, permite a instauração da relação jurídica processual por petição sumarizada, redigida em acordo com a peculiaridade da demanda.

O caso em questão admite que decisão liminar, deferida com base em cognição sumária, se estabilize, e com isso autorize uma segunda decisão, desta vez, para extinguir o processo sem a resolução do mérito. Perceba que se o magistrado, diante da petição inicial, deferir a medida e assinar prazo superior a quinze dias para a dedução do pedido de tutela final, possível será que antes mesmo de conhecer-se a pretensão final do autor, promova-se a comunicação do réu para o oferecimento do recurso. Nessa

hipótese, a inércia do demandado autoriza a estabilização e a consequente extinção do processo sem mérito final a ser resolvido pela segunda decisão.

Sobre o tema, entendemos necessária a intimação do autor, a fim de que se manifeste sobre a possibilidade de estabilização da tutela, pela desistência de atividade cognitiva sobre o pedido final. Desiste-se da dedução do pedido final e sua respectiva instrução, extingue-se o processo, e preservam-se os efeitos da tutela, concedida liminarmente, com base em probabilidade, pela decisão judicial.

Outra hipótese, em que o comportamento das partes pode afastar a estabilização, se dá quando o autor, supondo que o réu interporá recurso, emenda a inicial, antes mesmo que se esgote o prazo para o manejo do agravo. Para tanto, basta se pensar que o prazo para o aditamento seja de quinze dias e o réu goze de algum benefício processual para o cômputo em dobro do prazo, tal como acontece em alguns casos que envolvem a Defensoria. Destarte, ainda que o réu não interponha o recurso, a dedução da pretensão final afasta, em princípio, a estabilização da tutela, pois ao pedido principal assegura-se atividade cognitiva, a fim de que se possa proferir decisão com base em juízos de certeza. Nesses casos, entendemos que a cooperação do órgão judicial é oportuna, devendo o juízo comunicar o autor sobre a possibilidade de manutenção do processo, com incursões pela instrução probatória e a busca por uma resposta judicial pautada em certeza, ou, a estabilização da tutela, pela inércia do réu no combate à decisão liminar, caso em que o demandante deve optar pelo encerramento, mesmo já tendo aditado a inicial, o que implica extinção sem resolução do mérito, por sentença terminativa.

Devemos considerar também a possibilidade de o réu não recorrer da decisão que concede a tutela, e de o autor não aditar a petição inicial. A circunstância traduz opção do demandante pela estabilização da tutela, em detrimento de ampla atividade instrutória, o que autoriza, de imediato, a estabilização.

Certo é que, por expressa disposição legal, a decisão que concede a tutela de urgência antecipada antecedente, pautada em

cognição sumária, não faz coisa julgada e, por essa razão, não goza de seus efeitos positivos e negativos. Na prática, isso significa dizer, por exemplo, que a demanda poderá ser proposta novamente.

Outro ponto a considerar é que também por expressa disposição legal não se admite ação rescisória. O argumento de que a impossibilidade reside no fato de a decisão não ser de mérito é frágil, já que algumas sentenças terminativas, previstas no art. 485 do CPC, por impedirem a repropositura da demanda, admitem rescisão. A questão nos parece mesmo resultar de política legislativa, que afasta deliberadamente essa via, para a estabilização da tutela antecipada.

Ao final, concluímos que essa hipótese traduz a já mencionada estabilização, percebida em dois momentos do CPC. A primeira, pelo saneamento e organização do processo, já que a decisão nessa fase do processo se estabiliza, não sendo mais possível revê-la no mesmo grau de jurisdição. A segunda refere-se à tutela provisória e consiste numa estabilização qualificada, já que eventual modificação só se alcança por uma ação própria, em novo processo.

22.8.1 Desconstituição dos efeitos da estabilização

A demanda para desconstituir os efeitos da tutela antecipada sujeita-se a prazo de dois anos. Seu termo inicial segue as disposições da parte geral e começa a fluir pela comunicação da parte, o que demanda, portanto, intimação. O ato de comunicação, alerte-se, informa a extinção do processo no qual foi deferida a medida provisória.

O lapso temporal refere-se ao exercício de um direito potestativo, que, ao que se afirmou nas primeiras linhas deste curso, consiste em poder jurídico de influenciar a situação jurídica de outrem, que, por sua vez, inexoravelmente se submete aos efeitos legais. Por essa razão, concluímos que o prazo em questão é decadencial.

A legitimidade, que neste curso é compreendida pelos pressupostos processuais, revela-se pelo art. 304, § 2º, e permite que qualquer das partes do processo findo, no qual a tutela se

estabilizou, promova o desarquivamento dos autos para a consecutiva instrução da demanda.

A dedução da pretensão de revisão, reforma ou invalidação é feita com atenção aos critérios de prevenção do juízo, o que, em termos práticos, implica distribuição por dependência.

Fato é que os efeitos da tutela antecipada antecedente, ao se estabilizarem, permitem que o pronunciamento judicial, mesmo pautado em probabilidade, reitere sua autoridade por prazo indeterminado.

É certo que estabilidade e imutabilidade não se confundem, mas não se pode negar que, com o final do prazo decadencial, a decisão judicial acerca da tutela provisória não mais será passível de revogação, revisão ou invalidação. Com isso, juízos proferidos por meio de cognição sumária, que inicialmente gozam de estabilidade, findo o prazo decadencial de dois anos, careceriam de instrumentos processuais que viabilizassem sua revisão, o que leva a doutrina especializada a questionar sua constitucionalidade.

Por fim, tratando-se da tutela antecipada incidente, reiteram-se as mesmas lições da tutela cautelar antecipada: apresentação de simples petição, distribuída por dependência, com menções expressas à causa de pedir.

22.9 TUTELA DE EVIDÊNCIA

A evidência é um fato que autoriza o emprego de técnica processual satisfativa. Para tanto, não se considera a urgência, mas sim a máxima probabilidade da existência do direito evocado pelo demandante. Trata-se de tutela antecipada não urgente, que permite o gozo do resultado prático final do processo.

A evidência, enquanto fato relevante para o processo, não traz, em si, elemento novo para o Código de Processo Civil. De há muito empregamos procedimentos diferenciados a fim de privilegiar quem, pelos meios legais, demonstra, de forma contundente, a existência do direito material. É o caso do procedimento do mandado de segurança, que prevê a possibilidade de decisão liminar para a

proteção de direitos líquidos e certos, o que, na doutrina, se convencionou identificar por prova documental. O mesmo raciocínio se aplica para o antigo procedimento especial da ação de depósito, cuja grande probabilidade demonstrada na inicial, também permitiu respostas satisfativas, na fase inicial do processo, sem a dependência do *periculum in mora.*

A tutela de evidência, embora seja hodiernamente provisória, pode se tornar definitiva. Para tanto, basta imaginar a sentença proferida no mandado de segurança, cujo juízo final se pauta em certeza jurídica. Em síntese: a evidência é um fato. Isto autoriza um tratamento diferenciado, que normalmente identificamos pela célere e provisória decisão judicial. Nada impede, contudo, que a mesma evidência seja percebida em decisão mais robusta, proferida, por exemplo, ao final da instrução probatória. Nesses casos, a tutela preserva seu caráter satisfativo e antecipa, mesmo que em momento posterior, pela sentença, os efeitos práticos do final do processo, que pode perfeitamente, nesse caso, ser submetido ao duplo grau de jurisdição (art. 311, III).

As hipóteses mencionadas pelo legislador assumem caráter exemplificativo e, por consequência, não esgotam as possibilidades. Ademais, consideramos que a disposição negocial, prevista pelo art. 190, permite que certos documentos assumam, pela vontade das partes, força necessária para formar juízo de probabilidade extrema e, com isso, autorizar o emprego da técnica processual de antecipação do resultado final. Feitas essas considerações, passamos à análise dos casos previstos pelo art. 311.

O primeiro fato se caracteriza pelo abuso do direito de defesa ou propósito manifesto da parte em protelar o processo. O caso traduz verdadeira sanção procedimental, que permite a antecipação do resultado final em decorrência de ato do demandado. Muito embora a disposição do Código, nesse ponto, não inove, entendemos que sua leitura, hoje, é feita pela referência do sistema cooperativo de processo, que impõe, a todos os sujeitos da relação, o dever de cooperar para um resultado de mérito justo, célere e efetivo. Natural, portanto, que ao dever de cooperação se estabeleçam sanções por seu descumprimento. Assim, ao tempo que se exige do magistrado

o dever de correção, exige-se do réu que deduza seus argumentos de defesa com seriedade, a fim de evitar o desperdício de tempo.

A prática forense é fértil na apresentação de exemplos que caracterizam o abuso do direito de defesa, o que aqui demonstramos por contestações que se sustentam em leis já declaradas inconstitucionais ou em teses comprovadamente incompatíveis com a Constituição Federal ou com a natureza da causa.

A segunda hipótese de tutela de evidência decorre de alegações sobre o fato que possam ser comprovadas pela via documental, e, ainda, que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Apresentam-se, portanto, dois requisitos: o primeiro, já conhecido do ordenamento processual, consiste em prova documental capaz de emprestar, às alegações do demandante, grau máximo de probabilidade sobre existência do direito alegado em juízo. A outra exigência formal consiste na existência de precedente ou súmula vinculante, correlatos ao caso concreto.

Essa disposição legal, ao que se pretende demonstrar, emprega o sistema de precedentes obrigatórios, cujos padrões decisórios, sob a perspectiva da coerência e da integridade do Direito, buscam empregar pronunciamentos semelhantes a casos semelhantes, em afirmação do ideal de isonomia material. Deve-se, portanto, observar em regime cumulativo a prova documental e a existência de algum padrão decisório pertinente ao caso concreto. Isto, entretanto, não se poderá fazer por mera citação. Ao revés, o autor tem o ônus de demonstrar a pertinência, tal como se exige do juiz, em sua fundamentação, que demonstre as razões de incidência dos precedentes no caso submetido à apreciação judicial.

O terceiro fato elencado no Código para o emprego da tutela provisória de evidência decorre de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, que, ao quanto se afirmou, traduz situação concreta de probabilidade extrema e, por essa razão, ainda quando disciplinado no livro dos procedimentos especiais, pela legislação revogada, já autorizava decisões satisfativas liminares sem o risco decorrente da urgência.

No contexto atual, demandas dessa natureza implicam decretação de ordem para a entrega do objeto custodiado, com possível cominação de multa.

Sobre a matéria, incidem as disposições do Código Civil para o depósito voluntário e o necessário por força de lei. O depósito miserável, por sua vez, admite qualquer meio de prova. Na prática, isso significa que a prova adequada, diante dos primeiros casos de depósito, será escrita. Já o depósito miserável, em razão de suas circunstâncias fáticas, pode ser provado por meios outros, tais como foto ou vídeo, que, como já se sabe, constituem espécies de prova documental e, portanto, acompanham a petição inicial.

A última situação de fato a autorizar o emprego da tutela diferenciada, decorre de prova documental suficiente, sobre os fatos constitutivos do direito do autor, a que o demandado não oponha prova idônea para gerar dúvida razoável.

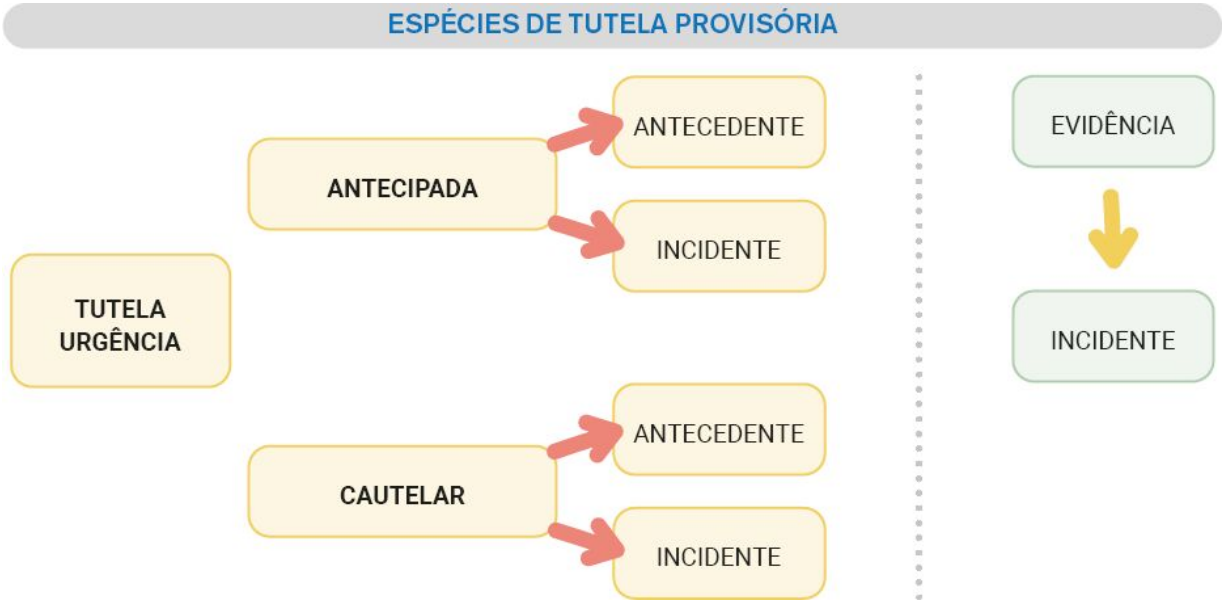
O fato descrito pelo Código pressupõe o exercício do direito de defesa e, por esse motivo, não implica decisão liminar. A mesma situação se verifica na primeira hipótese, que estabelece uma espécie de sanção pelo abuso do direito de defesa. Para os outros dois casos, ventilados nos incisos II e III, admite-se decisão liminar, *inaudita altera pars*. Essa possibilidade, entretanto, é excepcional e deve ser empregada em acordo com as disposições das normas fundamentais, com destaque para o contraditório.

Com base no art. 1.012, § 1º, V, pode-se afirmar que a confirmação, concessão e revogação da tutela provisória, pela sentença, permite sua execução imediata, o que significa dizer: a tutela provisória de evidência, enquanto técnica procedimental destinada à satisfação do direito material, pode, ao final da instrução e do contraditório efetivo, pautar um juízo de cognição exauriente. Em função disso, a evidência dos fatos autoriza que a decisão judicial produza efeitos, mesmo que a parte contrária provoque o duplo grau de jurisdição, pela interposição do respectivo recurso de apelação.

Como a segunda causa descrita na lei trata de julgamentos de casos repetidos, concluímos que, para a maioria das sentenças proferidas hodiernamente em primeiro grau para resolver demandas

em série, em que a tese jurídica debatida é a mesma, a apelação será recebida apenas com efeito devolutivo, aplicando-se esse regime, portanto, na maioria dos processos hoje existentes na justiça brasileira.

A possibilidade de aplicarmos a fungibilidade entre as tutelas de urgência para admiti-las como tutela de evidência não é pacífica na doutrina. Sem prejuízo dessas divergências, entendemos por sua impossibilidade, pois diante de eventual demanda onde a parte alega urgência para o emprego da técnica diferenciada que lhe permita obter provimento satisfativo ou acautelatório, havendo constatação de que o caso reclama tutela de evidência, não poderá o juiz atuar de ofício para concedê-la sem expresso requerimento. Outro fator a considerar é a responsabilidade objetiva, que restaria prejudicada se os prejuízos pela concessão não pudessem ser atribuídos a requerimentos deduzidos pelas partes.





23.1 INTRODUÇÃO

O ato jurisdicional, no regime de separação de poderes adotado pelo Estado brasileiro, é o único capaz de tornar-se imutável e indiscutível, sendo essa sua principal característica. De fato, enquanto atos legislativos podem ser revogados por disposições posteriores, e atos administrativos admitem revogação por conveniência e oportunidade, sem prejuízo de ambos se submeterem ao controle judicial, o exercício da jurisdição admite a prática de ato definitivo.

Considerando o papel criativo da jurisdição, que mediante um processo produz, em contraditório, a norma jurídica individualizada para regular a demanda, podemos agora definir a coisa julgada como: a autoridade que torna indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

A carta constitucional compreende a coisa julgada como direito fundamental, assegurando-a nos termos de seu art. 5º, XXXVI. Sua adoção não se presta necessariamente ao ideal de justiça, pois decisões injustas podem tornar-se definitivas, mas sim, à promoção da segurança jurídica.

Ao que se percebe, diante do texto, a formação demanda o esgotamento das vias recursais, que pode decorrer de seu exercício

(preclusão consumativa), da prática de ato incompatível (preclusão lógica) ou da perda do prazo para o respectivo direito de revisão (preclusão temporal).

Há, também, situações em que a decisão não se submete ao reexame, sendo desde o início irrecorrível, caso em que já “nascem” definitivas. Pode-se, então, afirmar que a preclusão – consumativa, lógica ou temporal –, assim como a inexistência do direito à revisão, emprestam caráter definitivo à decisão judicial (sentença ou acórdão), que assim permanece em seu conteúdo normativo (resultado da compreensão, interpretação e aplicação do Direito), criando uma situação jurídica conhecida pelo nome de *trânsito em julgado.*

23.2 CLASSIFICAÇÃO: FORMAL E MATERIAL

Num primeiro momento, a estabilidade pode limitar-se à relação processual em que foi concebida a decisão, caso em que será identificada por coisa julgada formal. É o que acontece, por exemplo, em processos cuja decisão conclui pela extinção sem resolução do mérito, decorrente de inépcia da exordial. Os efeitos, nesse caso, são endoprocessuais, e associam-se às sentenças terminativas.

Perceba que essa irrecorribilidade não impede que o demandante exerça novamente o poder constitucional de ação para deduzir em juízo, uma segunda vez, a pretensão. Deve-se, entretanto, sob pena de viver o mesmo resultado, superar as causas da extinção.

No sentido do texto, o art. 486, § 1º, dispõe que: a sentença terminativa, quando proferida em razão de litispendência, indeferimento da petição inicial, falta de algum pressuposto processual, ausência de legitimidade ou interesse processual, impõe ao demandante a correção do vício, para que se possa, validamente, exercer o poder de ação. Nessa hipótese, a segunda

petição inicial não será despachada sem que se faça prova do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Deve-se ainda registrar o fato de que nem toda sentença terminativa é alcançada pela autoridade da coisa julgada formal, o que significa dizer que o demandante, sem qualquer correção, pode livremente apresentar a mesma inicial. Nesse sentido, é a redação do art. 485, VIII, do CPC, que trata da desistência da extinção do processo por desistência da ação.

A coisa julgada material, por sua vez, é a autoridade da decisão de mérito, proferida em cognição exauriente, para a qual já não há mais nenhum recurso. Denomina-se, portanto, de coisa julgada material, a autoridade que torna indiscutível e imutável a decisão de mérito, não só no processo em que foi proferida, o que decorre do esgotamento das possibilidades de exercício do duplo grau de jurisdição, mas também em qualquer outro processo, em razão do ideal de segurança, que, amparado em certeza jurídica, lhe imprime caráter definitivo e elide nova manifestação judicial sobre o tema.

23.3 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

A coisa julgada encontra limites objetivos na parte dispositiva da decisão. Por isso, os motivos evocados para fundamentar o resultado, ainda que relevantes para legitimar o ato jurisdicional, não se submetem à imutabilidade. Sobre o tema, dispõe a lei processual prelecionada que não fazem coisa julgada os motivos da sentença ou a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão judicial.

Por tudo o quanto já se expôs sobre a superação dos ideais metafísicos clássicos e da filosofia da consciência, não se pode agora desconsiderar que a verdade mencionada pelo texto não decorre de essências ou posturas solipsistas, mas sim do exercício dialógico, assegurado contrafaticamente pela relação processual, a fim de legitimar uma das possíveis visões acerca dos fatos, em acordo com as referências de nossa tradição jurídica.

Em razão de termos adotado a teoria dos capítulos de sentença, a coisa julgada pode formar-se gradativamente. Para tanto, basta imaginar uma cumulação simples, em que o autor deduz pedidos de indenização decorrente de dano moral e material. Se o caso concreto apresentar sentença definitiva de total procedência dos pedidos e o réu recorrer apenas do capítulo referente à sua condenação por danos morais, ter-se-á a formação de coisa julgada sobre a condenação por dano material, já que essa parte da decisão não foi objeto de recurso.

O mesmo raciocínio se pode aplicar quando a sentença condena o demandado a pagar o valor total da indenização pleiteada e esse recorre apenas para reduzir o valor, o que permite identificar uma parte já incontroversa, não objeto de recurso e, portanto, submetida à imutabilidade.

Retomando algumas lições anteriores, podemos sinalizar que o citado art. 503 do CPC apresenta, pelo conjunto de seus parágrafos e incisos, a possibilidade de ampliarmos esse limite para abarcar questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no processo, se dessa resolução depender o julgamento do mérito. Para tanto, reclama-se o contraditório efetivo e a não ocorrência da revelia.

A proposta atual permite que a atuação judicial, mesmo quando desprovida de provocação das partes, retrate, ao final, o pedido deduzido e também as questões prejudiciais para o julgamento.

Sem prejuízo dos requisitos legais já mencionados para o julgamento das questões, sinalizamos, ainda, duas correntes doutrinárias. A primeira delas entende que a questão prejudicial, enquanto antecedente lógico, é sempre considerada pelo magistrado, devendo ser objeto da decisão. A segunda, por sua vez, defende que o deslocamento da questão só deve ocorrer se sua resolução for o único fator determinante para a solução da causa.

Embora essa última vertente apresente melhor amparo técnico, seus resultados práticos implicam retrocesso para a dinâmica processual.

Sobre o tema, Eduardo Talamini vai dizer que:

> Essa segunda concepção é bastante plausível em termos lógicos. Mas conduz a resultados práticos que não parecem ser os pretendidos pelo sistema estabelecido pelo CPC/15. Apenas ao final do processo, saber-se-ia se a questão prejudicial faria coisa julgada material. Para não correr o risco de a questão prejudicial não fazer coisa julgada, a parte continuaria tendo de ajuizar ação declaratória incidental.[281]

Adotamos a primeira linha, que emprega amplas possibilidades para o conhecimento e resolução das questões prejudiciais. Seu pronunciamento, entretanto, deve ser expresso. É dizer: pouco importa, na decisão, onde se assenta a resolução da questão prejudicial, basta que o conjunto apresente o resultado de forma clara e direta, sem deduções, feitas a partir do pedido da inicial.

A técnica empregada durante a instrução probatória, nesses casos em que a prejudicial é conhecida e decidida de ofício, não deve apresentar restrições na cognição, pois a impossibilidade de aprofundamento impede a ampliação do mérito. A vedação se justifica, vez que a restrição probatória pode afastar o juízo de certeza sobre o julgamento da questão.

Esse requisito negativo afasta a possibilidade de ampliação da coisa julgada, em procedimentos com restrição cognitiva, que, a exemplo do rito dispensado ao mandado de segurança, admite apenas prova documental pré-constituída. Há, também, situações em que o impedimento decorre da complexidade. Nesses casos, a cognição restringe apenas a profundidade do exame, sem com isso elidir a produção. É o que se verifica nos Juizados Especiais Cíveis, pela limitação do número de testemunhas ou pela vedação de perícias complexas.

Consideramos, ainda, que o poder instrutório do magistrado autoriza a produção de ofício, se nenhuma vedação for imposta ao procedimento, pela natureza do direito discutido em juízo. Por essa razão, deve-se observar que a limitação cognitiva não decorre da vontade das partes, expressa na fase postulatória, pela especificação das provas, mas sim do regramento processual.

Atente-se para o fato de que a coisa julgada permanece com os mesmos limites objetivos, já que o conhecimento das questões prejudiciais, feito por contraditório efetivo, com o emprego de ampla cognição e resolvido de maneira expressa, as desloca para o dispositivo, submetendo-a ao limite objetivo.

23.4 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

O limite subjetivo da coisa julgada nos informa que a estabilidade do resultado, construído em contraditório para resolver o caso concreto, vale para as partes entre as quais é formada.

A percepção das partes, nesse caso, refere-se apenas ao demandante e ao demandado, pois contempla apenas autor e réu. Não se impõe, portanto, aos demais sujeitos da relação processual (a exemplo do assistente), a autoridade que reveste a decisão.

A disposição se justifica, vez que o julgamento se restringe ao mérito, e este é determinado previamente pelos demandantes, ainda quando se admite o conhecimento de ofício de questões prejudiciais, pois essas só se apresentam, como tal, em função do pedido deduzido em juízo, já que guardam, para com ele e não isoladamente, uma relação de antecedência lógica.

A coisa julgada, como se pode deduzir, também não alcança terceiros estranhos à demanda, já que para esses não se oportunizou, nem em tese, a possibilidade de influir no resultado. Sobre o tema, dispõe o art. 506 que a decisão não deve prejudicar terceiros. Isso, entretanto, nos permite induzir que a coisa julgada guarda, em si, a possibilidade de fazer o oposto: beneficiar terceiros, ainda que esses não tenham participado da relação processual.

A permissão se aplica, por exemplo, nos casos de dívida solidária, em que apenas um dos devedores é citado para figurar como réu no processo e consegue, em juízo, sentença de improcedência do pedido. Nesse caso, ainda que os demais devedores tenham permanecido de fora do processo, sendo,

portanto, terceiros, a autoridade do pronunciamento judicial lhes beneficia.

Registra-se ainda, pela conveniência, que as causas de sucessão processual impõem, para o sucessor, enquanto parte na demanda, o respeito à coisa julgada. O mesmo raciocínio se aplica para as hipóteses de substituição processual, em que se verifica a atuação do legitimado extraordinário.

23.5 COISA JULGADA NAS SENTENÇAS DETERMINATIVAS

Uma vez decidido o mérito da causa, a autoridade da coisa julgada material se impõe sobre futuras atividades judiciais, impedindo que qualquer juiz as decida novamente. Todavia, a legislação processual aparentemente excepciona essa determinação, na hipótese de a relação jurídica afirmada e resolvida em juízo ser de trato sucessivo, por força do art. 505, I, que dispõe: “se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi instituído na sentença”.

De início, é necessário esclarecer que as relações jurídicas de trato sucessivo ou continuadas são relações de natureza obrigacional que se protraem no tempo, de modo que o cumprimento da decisão judicial não se encerra pelo imediato pagamento. Um exemplo pode esclarecer os termos dessa exceção, por isso, vamos pensar numa ação de alimentos. O fato de haver condenação para o pagamento impõe, para o demandado, o cumprimento mensal e sistemático da decisão, que nesse caso se identifica como determinativa.

Essa espécie de decisão judicial, determinativa, se justifica pela natureza do direito obrigacional evocado em juízo, que não é realizado pelo pagamento imediato, mas sim pela continuidade do adimplemento.

Entendemos que mesmo nesses casos, a coisa julgada incide com plena autoridade e, por isso, uma vez preclusas as vias

recursais, a decisão judicial, com a respectiva norma do caso concreto, tornar-se-á imutável e indiscutível. Entretanto, como bem observa o legislador, sobrevindo modificações no estado de fato ou de direito, admitir-se-á revisão da relação jurídica.

Com outras linhas, isso significa, dentro do exemplo indicado, que alterações na necessidade de percepção dos alimentos podem embasar o pedido de exoneração, assim como o agravamento na condição do alimentante autoriza o pedido de revisão do valor arbitrado para o pagamento da pensão.

Em qualquer dessas vias, o que se deduz em juízo é novo pedido (de exoneração ou revisão), com base em nova causa de pedir, aqui identificada pela mudança nas condições fáticas. Por isso, entendemos que mesmo nas sentenças determinativas, opera-se a estabilidade da decisão judicial.

COISA JULGADA	
Conceito	Autoridade que reveste a decisão judicial não mais sujeita a recurso, tornando-a estável, imutável e indiscutível.
Classificação	Formal: imutabilidade endoprocessual, associada às sentenças terminativas. Material: imutabilidade extraprocessual, associada às sentenças definitivas.
Requisitos	Coisa julgada formal: decisão não mais sujeita a recurso. Coisa julgada material: decisão de mérito, proferida em cognição exauriente, não mais sujeita a recurso. Obs.: Perceba que por esse critério, as decisões parciais de mérito também fazem coisa julgada material.

Limites objetivos	Apenas a parte dispositiva da decisão. Excluem-se, portanto, os motivos, ainda que determinantes, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento. Obs.: A questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, pode ser alcançada pela coisa julgada, desde que observe os critérios do art. 503 do CPC.
Limites subjetivos	A decisão faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.
Coisa julgada *rebus sic stantibus*	Remete-nos à ideia de que as coisas permanecem iguais enquanto forem iguais. Aplica-se às relações de trato sucessivo. Uma alteração será possível, desde que haja modificação no estado de fato ou direito da relação jurídica (ex.: ação de alimentos).
Coisa julgada *secundum eventum litis*	A formação da coisa julgada material, que aqui pressupõe decisão de mérito, tem um requisito extra, associado à fundamentação. Nesses casos, a insuficiência de prova, evocada como fundamento, impede a formação da coisa julgada material (ex.: ação civil pública e ação popular).

[281] Texto disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048>.



24.1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil estabelece, no Livro I, Título I, da Parte Especial, as disposições gerais sobre o procedimento comum. Até o momento, estudamos suas lições. Agora, seguiremos com os procedimentos especiais, regulados no Título III do mesmo Livro, sob o exercício da jurisdição voluntária e contenciosa.

É certo que a função jurisdicional se exerce por meio do processo. Esse, por sua vez, apresenta-se (pela doutrina majoritária) como relação jurídica de direito público, que no contexto atual, se presta para produzir a norma individual da causa, mediante o emprego das garantias constitucionais.

Por essa mesma linha é possível identificar que o aspecto externo da relação jurídico-processual se revela pela prática de atos concatenados e dispostos em prol de uma finalidade: a entrega de respostas adequadas à peculiaridade do direito material.

Sob essa premissa, classificamos o processo em função da preponderância de seus atos. Cognitivo é o processo que prima pela produção de provas e a legitimação de uma versão jurídica dos fatos, ou, de execução, se a dinâmica procedimental primar pela satisfação do direito de crédito.

Considerando que nesta altura dos trabalhos estudamos o processo de conhecimento, podemos concluir que a atividade preponderante é cognitiva, embora as disposições procedimentais retratem práticas diferenciadas para o exercício da jurisdição.

Deve-se ainda observar que a proposta deste curso contempla os ritos especiais apresentados pelo Código, sem olvidar de algumas legislações extravagantes. Nessa esfera, destacam-se, dentre outros: o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública.

Feitas as considerações preliminares, passamos aos fundamentos constitucionais para a previsão dos procedimentos especiais, que como se pôde observar, no estudo das normas fundamentais, impõe ao legislador processual compromisso para com a isonomia material. Dito com outras palavras: o Código de Processo Civil, por mandamento constitucional, considera as peculiaridades da causa e apresenta possibilidades para a efetivação do direito fundamental da tutela adequada.

Por essa estrada, já vimos: defensoria, competências especializadas em razão da matéria e da pessoa, reexames necessários e técnicas procedimentais diferenciadas para considerar as peculiaridades decorrentes da urgência e da evidência.

A especialização do rito, podemos concluir, é fundamental para o exercício da jurisdição, que nesta quadra da história, já não traduz aplicações cartesianas e burocráticas, e almeja, sob uma nova perspectiva normativa, atender ao reclame de uma sociedade plural, contraditória e desigual.

A proposta dos procedimentos especiais, nesse contexto, atrela-se às especificidades do direito material que lhe serve de base e fundamento. Vejamos, então, as etapas desse desenvolvimento.

24.2 TÉCNICAS DE ESPECIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

A especialização do procedimento decorre de um movimento anterior, consagrado pela superação da referência liberal positivista. Essa virada é absorvida pelo Estado Democrático, o que, em termos práticos, implica releituras e desconstruções, claramente demonstradas pela legislação, ao longo de três fases distintas.

A primeira delas decorre de uma previsão exauriente do método, que sob a influência da escola de exegese, antecipa, em caráter exaustivo, o rito processual para a tutela dos direitos.

> Assim entendido, o processo civil é um instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei; por isso há de ter tantos atos quantos sejam necessários para alcançar a sua finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito.[282]

Ao final, concluiu-se que essa disposição não acompanha a dinâmica social, e, muitas vezes, afastam-se da apreciação judicial relevantes conflitos sociais. Nesse sentido, o Código revogado estabeleceu, em tempos não tão remotos, que independentemente da natureza da obrigação contratada (fazer, não fazer, dar dinheiro ou coisa), o pagamento de indenização seria a resposta padrão, chegando-se a considerar pedido implícito a recomposição das perdas e danos. Não havia disposição para tutelas preventivas ou tutelas provisórias de urgência satisfativa.

Essa impossibilidade de contemplar na lei toda a diversidade da vida justificou a elaboração de muitas leis extravagantes. Por elas reconhecemos direitos às mulheres, a possibilidade de encerrar o vínculo matrimonial, dentre outros direitos. O aumento desses direitos impôs ao legislador processual o desenvolvimento de novas técnicas, o que nos leva para a etapa seguinte.

A segunda fase dos procedimentos especiais decorre da nova ordem substantiva, e procura responder às exigências sociais, pelo emprego de ritos especiais. A consequência disso, no já reformado

Código de 1973, verificou-se pela regulamentação exaustiva dos procedimentos cautelares, e, ainda, pelo dever atribuído ao magistrado para a adoção de medidas atípicas.

Preserva-se o uso da técnica descritiva na condução da relação processual, embora já se admita o emprego de respostas mais condizentes com a peculiaridade do direito afirmado.

Por essa via, flexibilizamos a prática de atos executivos, permitindo que prazos, percentuais para a multa decorrente do descumprimento da decisão judicial e o emprego de atuações concretas, tomadas para a satisfação do crédito, nas obrigações diversas de entregar dinheiro, seguissem pela razoabilidade, proporcionalidade e adequação. Com linhas mais simples, quer-se dizer que a segunda fase dos procedimentos especiais compreende a diversidade dos direitos materiais. Admite-se que o exercício da jurisdição deve primar pela entrega do bem da vida almejado, e adota-se, com alguma frequência, o emprego de princípios para a concessão das medidas judiciais. Relativiza-se, portanto, o sistema racional para o exercício da jurisdição, que ao lado das regras, conta também agora com alguns princípios processuais.

A terceira fase se assenta no atual modelo processual, e congrega as lições das fases anteriores. Assim, ao tempo que estabelecemos regras mínimas para o procedimento e legitimamos o uso dos princípios para a construção de uma resposta adequada, admitimos a possibilidade de as partes negociarem, com maior liberdade, os termos da dinâmica processual.

Por essa razão, procedimentos especiais, outrora predeterminados por atos concatenados, hoje se realizam, em sua maioria, pela densificação dos princípios, num sistema processual cooperativo, no qual as partes, por intermédio do negócio jurídico (art. 190), gozam de liberdade para apresentar, em contraditório, alternativas procedimentais ao método indicado na legislação.

Com linhas mais simples, pode-se afirmar que a ordem jurídica processual renova suas disposições e consolida, ao lado das regras e princípios processuais, novas possibilidades para a satisfação concreta dos direitos.

Curva-se, portanto,

a ordem jurídica processual ao dever de “guardar simetria com as regras do direito material”, promovendo o desígnio de uma adequada garantia de eficácia, dentro da finalidade do *devido processo legal.* A essa garantia fundamental, com efeito, correspondem atributos que se manifestam tanto no plano do direito processual como no direito material, impondo por consequência, o reconhecimento de uma automática e necessária correlação, no terreno do processo, com o procedimento adequado, entendendo-se como tal o que seja capaz de proporcionar a efetiva realização, inconcepto, do direito material lesado ou ameaçado.[283]

24.3 A ESCOLHA DO PROCEDIMENTO: CONSTRUÇÃO, ERRO E CORREÇÃO

A construção do procedimento não pode desrespeitar garantias processuais, nem olvidar a competência estabelecida pela art. 22, I, da CF, vez que o Código a ela se submete por questões de hierarquia. Dito isso, é possível compreender que a estipulação do procedimento encontra limites constitucionais, ainda quando as partes apresentam, por acordo, uma proposta.

Sobre o tema, dispõe o legislador, no livro dos direitos fundamentais, que processos, cujos direitos afirmados admitam autocomposição, podem ter o procedimento alterado, a fim de ajustá-lo às especificidades da causa. Essa convenção, entretanto, reside sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres das partes.

Admite-se também, que a proposta de alteração do rito seja negociada antes da atividade jurisdicional. É o que se verifica, por exemplo, em acordos que emprestam, a determinado documento, força para o emprego da tutela de evidência, fora da previsão estabelecida pelo Código.

Nesses casos, a construção de uma alternativa deve afirmar a paridade da negociação, vez que os resultados dos termos não se fizeram sob supervisão estatal. Dessa forma, asseguramos proteção ao hipossuficiente. Ademais, pode haver conluio para burlar

determinadas consequências legais. Por essa razão, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções.

A disposição do rito, diga-se uma vez mais, não se faz sem uma relação de pertinência com o direito afirmado, por isso, a predeterminação do procedimento só se legitima pela peculiaridade fática que não pode ser desconsiderada em juízo. Há, portanto, certa limitação às escolhas feitas pelas partes, o que autoriza o crivo judicial sob a regularidade das alterações, com possível conversão do rito.

Perceba-se, por exemplo, que se o demandante opta pela via mandamental sem prova pré-constituída, a impossibilidade de conversão do rito, de especial para comum, implica extinção do processo por ausência do interesse de agir – adequação. De outro lado, quando para cada um dos pedidos deduzidos couber procedimento diverso, é lícito se empregar o rito comum para a instrução conjunta, preservando-se as técnicas diferenciadas, se estas forem compatíveis com o procedimento comum.

Para ilustrar os desdobramentos práticos disso, basta imaginar as demandas de divisão e demarcação de terras, nas quais a incompatibilidade com o regramento comum é flagrante. Todavia, caso esse rito processual diferenciado tenha sido empregado para tutelas mais céleres, admite-se que, por disposição da parte, a divisão e a demarcação sigam pelo procedimento comum, que no caso concreto pode, em tese, emprestar benefícios decorrentes de ampla instrução probatória.

24.4 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO PROCEDIMENTO COMUM

Nenhuma previsão legislativa esgota as possibilidades de exercício da jurisdição, que diariamente é provocada para resolver as inovações do cotidiano. Por essa razão, não se pode investir de modo exauriente nas espécies de procedimentos especiais, nem mesmo considerar que os ritos indicados assumem papel taxativo na tutela dos direitos. Assim, quando a circunstância fática

demandar técnica diferenciada, em que o procedimento for omisso, devemos aplicar as disposições do rito comum em caráter subsidiário.

Essa ideia se afirma pelo art. 318, parágrafo único, nos termos de que o procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

24.5 O PAPEL DA TRADIÇÃO NO EMPREGO DO PROCEDIMENTO

O atual sistema processual, como se pode constatar, adota nova postura para regulamentar a prática de atos processuais. A consequência imediata desse investimento na cooperação, no emprego dos princípios, e, ainda, no fortalecimento do dever jurisdicional de criar, em contraditório e sob uma pertinência temática, medidas adequadas ao caso concreto, foi a supressão de muitos ritos especiais, previstos pelo Código anterior. Dentre eles, destacam-se: o depósito, a anulação e substituição de título ao portador, a nunciação de obra nova e a usucapião de bem imóvel, dentre outros.

A falta de previsão, entretanto, não nos afasta da tradição jurídica nem legitima qualquer dinâmica na condução da relação processual. Assim, por exemplo, qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a participação de interessados incertos ou desconhecidos, far-se-á citação por edital, sob pena de violarmos garantias como o contraditório e a ampla defesa.

Outro exemplo dessa influência dos institutos consolidados sob a interpretação, criação e aplicação do procedimento se identifica pela pretensão de fazer cessar, em obra vizinha, construções indevidas. Dada a peculiaridade da causa, entendemos que a falta de previsão de rito diferenciado não impede que, pelo procedimento comum, o demandante consiga decisão liminar, em decorrência do direito subjetivo afirmado em juízo.

O mesmo raciocínio se aplica para o rito de algumas medidas cautelares, anteriormente lastreadas em ritos predeterminados, e

hoje apenas mencionadas de modo exemplificativo dentro das espécies de tutela de urgência.

Em síntese, pode-se afirmar que a falta de regramento expresso não nos autoriza a desconsiderar os resultados da experiência na proteção do direito material. Trata-se, em verdade, de um silêncio eloquente, que aponta para a coerência e integridade do ordenamento jurídico.

[282] *Anteprojeto de Código de Processo Civil:* apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964. p. 13.

[283] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II, p. 5.



25.1 INTRODUÇÃO

O rito da consignação em pagamento, como todos os demais procedimentos especiais, decorre de um fato. Essa compreensão é importante para correlacionarmos o emprego da técnica com a isonomia material. Não se deve, portanto, estudar as especificidades do rito, sem alguma indicação do direito substantivo, sob pena de comprometermos os fundamentos de sua previsão.

A consignação é uma modalidade de extinção das obrigações, que, por essa razão, apresenta disposições sobre o tempo, o modo e o lugar, entre os arts. 334 e 345 do Código Civil. Por lá, é possível constatar que o pagamento compreende o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e formas legais, tendo por consequência imediata a extinção. Essa mesma legislação substantiva estabelece os requisitos para o gozo da eficácia liberatória, cabendo ao estatuto processual disciplinar apenas os meios para reconhecimento desse direito.

A exigência prevista no Código Civil traduz as ocorrências fáticas que autorizam o emprego de técnica processual diferenciada, para a adequada tutela do direito. São elas: a recusa injustificada ou a impossibilidade do credor, de dar quitação na devida forma; o não

comparecimento desse ou de representante, no dia e hora estipulados para o recebimento da coisa; a incapacidade do credor, seu desconhecimento, a declaração de ausência, a fixação da residência em local perigoso ou de difícil acesso, que nesse caso considera também os aspectos sociais decorrentes da falta de segurança pública; a residência incerta, a dúvida sobre quem detenha legitimidade para receber o pagamento e dar quitação; e, ainda, a existência de litígio sobre o objeto do pagamento.

No sentido do texto, o CPC informa que o devedor, ou mesmo um terceiro, podem requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida. Em termos práticos: a consignação se justifica pela mora do credor ou pelo risco de o pagamento não promover a eficácia liberatória.

Apresentadas as circunstâncias fáticas que autorizam a dinâmica especial, deve-se ainda observar que, em sua maioria, esses ritos especiais congregam atos cognitivos e executórios, em clara demonstração do aspecto sincrético no processo de conhecimento.

25.2 NATUREZA DO PROCEDIMENTO DE CONSIGNAÇÃO

O procedimento da consignação ocorre por meio de uma relação jurídica processual cognitiva. O fato de termos atos executivos, nesse caso, praticados no início, pelo depósito, não compromete sua natureza, vez que a percepção da espécie de processo – conhecimento ou execução – decorre da preponderância e da finalidade. Por essa razão, entendemos que o rito especial se faz em processo de conhecimento.

Pode-se, ainda, concluir pela natureza declaratória da pretensão, vez que o ato de consignar, dentro das exigências legais, por si, extingue a obrigação.

25.3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

As hipóteses descritas em lei autorizam o emprego do rito da consignação, nas situações de mora *accipiendi* ou de risco de pagamento ineficaz. Entretanto, para que ela tenha força de pagamento e produza os mesmos efeitos, deve-se observar em relação às pessoas, objeto, modo e tempo, os mesmos requisitos da via tradicional. Por isso, seguimos com as indicações materiais sobre as exigências formais para a admissibilidade do procedimento, indicando a liquidez da prestação.

De início, observamos que a consignação não demanda anuência do credor, e se justifica, pela impossibilidade do pagamento voluntário. É dizer: o obstáculo no pagamento é fato jurídico que legitima o emprego de técnica diferenciada. Por essa razão, afirmamos que o procedimento judicial é alternativo e se sustenta apenas quando o devedor não encontra, pelos meios normais, condições de cumprir a obrigação.

25.3.1 Liquidez

A exigência da liquidez e a certeza da obrigação são dados objetivos, indicados pelo autor já na petição inicial. Isso claramente não elide a discussão da dívida, vez que o exercício do contraditório, nesse processo de conhecimento, se presta à formação do convencimento judicial. Assegura-se instrução probatória e, com ela, a oportunidade de o demandando questionar os termos do depósito. Entretanto, a liquidez, como requisito da consignatória, retrata questão de antecedência lógica, vez que não se pode efetuar o pagamento ou extinguir-se a obrigação, sem saber-se, precisamente, seu objeto.

Enquanto requisito de ordem lógica, demanda-se liquidez também na atividade executiva, desenvolvida em processo de execução, pois o devedor não pode ser convocado a pagar sem que antes se identifique o objeto da prestação de pagar ou entregar coisa, já que não se admite consignação das obrigações de fazer e não fazer.

A ausência de liquidez implica extinção por ausência de um pressuposto processual *lato sensu*: a falta de interesse de agir, pela

via da adequação. Assim, da mesma forma que não se admite execução sem título, que por sua vez reclama a liquidez, também não se admite a consignação com inobservância dessa exigência formal.

25.3.2 Legitimidade

A inclusão da legitimidade como requisito para a admissibilidade do procedimento se justifica, em função da proposta apresentada nas primeiras linhas deste curso, sobre as antigas condições da ação, que aqui são compreendidas por pressupostos processuais, integrando, com isso, o juízo preliminar sobre a regularidade da relação processual. Dito isso, passamos à análise da legitimidade para a causa, que como sabemos, evidencia uma relação de pertinência subjetiva entre o titular do direito e a autorização normativa para a busca de sua defesa em juízo.

No polo ativo, o requisito subjetivo para que a consignação produza eficácia liberatória é o mesmo do pagamento regular, por isso, a legitimidade contempla o devedor e seus sucessores.

Admite-se também que um terceiro proponha a consignação para liberar o real devedor. Por terceiro, compreende-se não apenas aquele que demonstra interesse jurídico, mas também o indivíduo desvinculado da causa. Na primeira circunstância, a consignação garante ao demandante sub-rogação nos direitos decorrentes do crédito quitado, frente ao devedor; na segunda, entretanto, afasta-se essa possibilidade, o que de certa forma caracteriza o pagamento como uma espécie de doação.

Registre-se ainda, em função da oportunidade, que o terceiro atua em nome próprio, demandando o exercício da jurisdição para efetivar direito próprio, previsto pelo art. 304 do CC e do art. 539 do CPC.

Tratando-se de dívida comum entre a entidade familiar ou de regime de comunhão de bens, qualquer dos cônjuges, em suas variáveis combinações de sexo, tem legitimidade ativa para deduzir em juízo a pretensão consignatória.

No polo passivo, a legitimidade é ordinária e simples, pois contempla apenas o credor que, nas circunstâncias estabelecidas em lei, recusa-se a receber o pagamento ou se abstém de praticar ato necessário para sua realização.

Se o caso prático não permitir a segura identificação do credor, a ordem constitucional e a nova dimensão do contraditório exigirão citação por edital, a fim de assegurar a comunicação de todos os possíveis interessados, cujo procedimento será apresentado em momento oportuno.

25.3.3 Objeto

Visto que a consignação é forma de extinção das obrigações, podemos identificar seu objeto pela análise da relação de direito material afirmada em juízo. Na dívida de entregar quantia certa, será a expressão econômica, que pode compreender apenas o principal ou o principal mais os juros. Tratando-se de obrigação para a entrega de coisa, a própria *res*.

Sobre o tema, dispõe o art. 400 do CC, *verbis*: “A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa (...)”. Essa primeira circunstância, se caracterizada pela mora do credor, admite como objeto da consignação o valor principal, ou, este somado aos juros corridos até a confirmação do inadimplemento.

De outro lado, o objeto pode contemplar o principal mais os juros moratórios devidos até a data do depósito, se o pagamento for realizado antes da mora *accipiendi*, caso em que incide o art. 337 do CC. É o que verificamos quando a consignação é feita pelo devedor em contratos sinalagmáticos, sem que antes ele cumpra seu dever contratual. Na prática, essa consignação descaracteriza a exigência de mora do credor, e se justifica em situações excepcionais, tais como o desconhecimento de quem detenha capacidade para receber o pagamento, ou mesmo, quando sua residência é ignorada.

Se a dívida consistir em entrega de coisa diversa de dinheiro, o bem será o objeto da demanda de consignação. Registra-se ainda,

em função da oportunidade, que o credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa. Isso nos permite considerar que a mora *solvendi*, entendida pela possibilidade factual de adimplemento, autoriza a demanda judicial por rito diferenciado. Já a mora absoluta, que decorre de total impossibilidade de adimplemento, impõe caminho diverso, pois implica dissolução do vínculo obrigacional e aponta para a reparação de natureza econômica, mensurada em perdas e danos.

25.4 CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A consignação extrajudicial está prevista no art. 539, e destina-se aos casos em que a obrigação consiste na entrega de quantia certa. Trata-se de procedimento elogiado pela doutrina, que desde o Código revogado enaltece as vantagens de vias alternativas para a resolução do conflito e/ou a efetivação dos direitos. Essa espécie de consignação, registre-se, afirma-se como opção para o jurisdicionado, e não obsta a eleição pela via direta da jurisdição.

25.4.1 Objeto

Se a opção do devedor o conduzir para a via extrajudicial, faz-se necessário observar os requisitos legais, para a condução regular do procedimento. De início, esclarece o CPC que o depósito em dinheiro deve ser feito em estabelecimento bancário oficial, onde houver. Se o caso prático apresentar situação em que não exista estabelecimento oficial, admitir-se-á o depósito em rede privada.

25.4.2 Procedimento

A localização da rede bancária é feita em decorrência do lugar do pagamento, consoante a redação do art. 539, § 1º, do CPC. A referência legislativa, nesse ponto, não inova, pois segue previsão anterior, do art. 890 do CPC/1973, na disciplina da competência para as ações de cumprimento de obrigação.

Efetuado o depósito, deve-se, em respeito ao contraditório e ao devido processo legal substantivo, comunicar-se o credor por carta com aviso de recebimento, informando-o do prazo de dez dias para a manifestação expressa da recusa. Não há indicação de quem deva promover a comunicação. Entretanto, entendemos que a responsabilidade pela comunicação deve ficar a cargo do estabelecimento bancário, que apresenta, pela experiência de sua atividade, maior segurança no sistema de comunicação, garantindo, por exemplo, que a correspondência entregue, contenha, de fato, as informações exigidas por lei. Ademais, a recusa do credor em dar quitação, decorrente do valor consignado, é feita ao estabelecimento e não ao consignante.

A exigência de manifestação expressa da recusa provoca, inversamente, a liberação do devedor. Dito com outras palavras: decorrido o prazo de dez dias, contados do retorno do aviso de recebimento, sem que a recusa expressa tenha sido dirigida ao estabelecimento bancário, a quantia depositada ficará à disposição do credor, sendo a dívida extinta pela consignação. Se esse, entretanto, não for o caso, segue-se o rito da extrajudicial, que prevê, diante da recusa, prazo de um mês para que o consignante demande o serviço jurisdicional.

O ajuizamento de demanda consignatória, nesses termos, acresce requisitos à petição inicial, que deve apresentar prova do depósito e da recusa expressa do credor.

O prazo estabelece um limite temporal para que a consignação, feita em momento anterior à propositura da demanda, goze do efeito liberatório, mas não impede nova tentativa de extinção pela via extrajudicial. Portanto, em vez de procurar imediatamente o caminho tradicional e nem sempre efetivo da jurisdição estatal, o devedor pode efetuar novo depósito no estabelecimento bancário.

25.4.3 Natureza da decisão

Cumpridas as exigências formais para o depósito, o lugar da consignação, a comunicação do ato e a respectiva advertência de extinção da dívida, a manifestação do credor pela recusa elide a

produção do efeito liberatório, e abre o prazo para o ajuizamento da demanda judicial. Instaurado o processo, eventual decisão de procedência terá natureza declaratória, pois a consignação regular, por si, extinguiu a obrigação. Trata-se de sentença meramente declaratória, com efeitos retroativos à data do depósito extrajudicial. Ao tempo em que essa constatação nos permite concluir pela inaplicabilidade dos juros moratórios durante o lapso temporal de trinta dias, entre a recusa e a propositura da demanda, também nos permite evidenciar a natureza jurídica da consignação, que ao quanto se pôde demonstrar, é modo de extinção da obrigação e dispensa, nesse caso, manifestação judicial de natureza constitutiva.

25.5 CONSIGNAÇÃO JUDICIAL

A consignação judicial traduz manifestação procedimental decorrente da especificidade da causa, e apresenta, como traço mais evidente, a prática de ato tipicamente executivo: o depósito, que, nesse caso, é realizado logo no início da atividade jurisdicional. Essa natureza especial do procedimento, entretanto, não altera o fato de que a atividade preponderante é cognitiva.

O registro se justifica, pois a dinâmica processual admite instrução probatória e formação de juízo exauriente. É dizer: muito embora o rito comece com ato executivo, garante-se a possibilidade de discutir o objeto da consignação, bem como as razões para eventual recusa da liberação. Dito isso, passamos ao estudo de suas especificidades.

25.5.1 Procedimento

Resgatando-se as lições do art. 540 do CPC, concluímos que a demanda consignatória será proposta no lugar do pagamento. Com isso, excepcionamos a disposição geral que observa o foro de domicílio do réu, no rito comum. Resta ao demandante, então, considerar as disposições materiais para saber se a dívida é quesível ou portável. Na primeira hipótese, a competência se

identifica pelo foro de domicílio do devedor, que na ação de consignação, normalmente, é o autor. A segunda hipótese, entretanto, permite que a dívida seja paga no foro de domicílio do credor, que nesse caso é o réu na demanda.

O início dessa relação processual apresenta requisitos complementares de validade do procedimento. Nesse sentido, dispõe o art. 542 que o autor requererá o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado em até cinco dias, contados do deferimento. A não realização do depósito, portanto, implica extinção sem resolução do mérito.

A exigência, entretanto, não se aplica em casos de depósito prévio, feito pela via extrajudicial, caso em que a exordial deve apenas anexar, como prova documental, o registro da consignação em estabelecimento bancário. Com isso, apura-se também o respeito ao prazo de trinta dias para a manutenção da eficácia liberatória.

Deve ainda, o demandante, requerer a citação do réu para oferecer resposta, que tanto pode se dar pela apresentação da contestação, pela ausência ou pelo levantamento do valor depositado. Vejamos, então, as possibilidades de manifestação e suas consequências para o andamento do processo.

O comparecimento do credor, espontâneo ou decorrente da citação, para receber o valor depositado, representa reconhecimento da mora *accipiendi* e torna incontroversa a integralidade do depósito. Por isso, decorrem os efeitos do julgamento antecipado, vez que a instrução se torna dispensável, e a condenação do demandado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Segue-se, com isso, determinação prevista no parágrafo único do art. 546 do CPC.

Outra possibilidade de resposta se faz pelo não comparecimento no prazo de quinze dias, a contar da citação, que nesse caso, serve conjuntamente para que o demandado levante o depósito.

O não comparecimento para levantar o depósito funciona como recusa tácita e deve ser registrado nos autos. Isso, entretanto, não impede que o credor (réu) promova o levantamento da coisa ou do

valor, em momento posterior, enquanto o objeto do depósito estiver sob gerência do Estado.

Do outro lado, o devedor (autor) pode levantar o depósito nas mesmas condições. Essa revogação, entretanto, equivale à desistência da ação, e se justifica até a entrega da contestação, sem a necessária anuência da parte contrária.

Certos de que a citação abre prazo de quinze dias, e que, nesse lapso temporal, pode o credor/demandado levantar o depósito, permanecer em silêncio ou contestar, vejamos agora as disposições relativas à ausência de contestação.

A ausência de contestação, no processo civil, caracteriza o fato conhecido por revelia. É notório que desse fato decorrem efeitos processuais e materiais. Estes se caracterizam pela presunção relativa de que as alegações deduzidas pelo autor gozam de credibilidade para embasar a decisão judicial. Todavia, isso não assegura a procedência do pedido, já que a presunção é relativa e admite prova em contrário, ainda quando a determinação se faça de ofício, pelo magistrado. Ademais, o efeito material contempla as alegações e não a própria existência do direito. Por essa razão, é perfeitamente possível que, mesmo diante da revelia, a decisão final conclua pela extinção, se forem constatados vícios formais, tais como a legitimidade ou outro pressuposto processual.

Se a circunstância fática, entretanto, permitir a produção do efeito material, o fato pode tornar-se incontroverso e, com isso, dispensar a fase instrutória. Consequentemente, teremos o efeito processual do julgamento antecipado do mérito e o encerramento do processo.

Seguindo uma terceira via, caso em que é oferecida a contestação, esta só poderá conter as alegações: de que não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa depositada; de que a recusa se deu por justo motivo; de que o depósito não foi integral; e, ainda, de que a consignação não observou o lugar e/ou o prazo para o pagamento.

Muito embora a legislação processual limite a matéria de defesa, em razão da circunstância fática, isso não elide a apresentação da reconvenção nem obsta alegações sobre matérias de ordem

pública, tais como o impedimento ou a suspeição. Pela mesma razão, a limitação não se aplica aos pressupostos processuais.

Sendo a insuficiência do depósito o argumento deduzido na contestação, é lícito ao autor, no prazo de dez dias, completá-lo. Isso pressupõe para o demandado o dever de indicação do valor devido, por força do art. 544, parágrafo único. Essa possibilidade de complementação do depósito insuficiente se justifica por razões de economia processual, e afasta o destino natural do processo, que, nesse caso, seria a extinção sem resolução do mérito, já que não se pode exigir, do credor, receber coisa diversa ou em proporção menor que a devida.

Essa permissão legal para a correção do vício e a manutenção da relação processual, a fim de obter-se decisão final de mérito, sobre a eficácia liberatória, atende às preleções das normas fundamentais e afirma a primazia do julgamento do mérito, sendo louvável a opção legislativa. Contudo, a viabilidade disso observa duas exigências: que o complemento seja feito no prazo de dez dias, contados da intimação do demandante sobre a alegação evocada pela defesa, e, que o negócio jurídico não tenha sido resolvido pelo inadimplemento. De fato, a insuficiência do depósito e sua posterior complementação só fazem sentido pela emenda da mora *solvendi*. Se esta não mais admite correção, pela resolução contratual, inadmitida também estará a possibilidade de complementação do depósito e manutenção da relação processual.

Havendo possibilidade de correção da mora *solvendi*, o valor depositado torna-se parte incontroversa da demanda e já pode ser levantado pelo réu, que nesse caso, admite, pelo exercício de ação, não apenas a entrega da contestação mas também o pedido para o levantamento do depósito, caso em que o autor gozará de liberação parcial e o processo seguirá sobre a parte controversa, pelo rito comum.

25.5.2 Cumulação de pedidos

O procedimento especial da consignação em pagamento, ao tempo que impõe requisitos suplementares à inicial, prevê ato

executivo na abertura da relação processual e limita a matéria de defesa; admite, por força do art. 327, que ao pedido consignatório se acrescentem pedidos outros, diferentes, desde que para todos eles se possa empregar o mesmo procedimento.

A admissibilidade se afirma pela conjunção de três fatores: a compatibilidade das pretensões deduzidas pela exordial, a competência do juízo para conhecer de todas elas e o emprego do mesmo tipo de procedimento.

Certo de que o depósito inicial é ato característico do procedimento especial, sua renúncia, por si só, inviabilizaria o trâmite conjunto com pedidos de outra natureza, tais como o de indenização ou apuração da cláusula penal. Todavia, esse mesmo dispositivo legal estabelece, em seu § 2º, que:

> Quando, para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação, se o autor empregar o mesmo tipo de procedimento comum, sem prejuízo do emprego de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Por isso, essa nova ordem processual permite que a cumulação de pedidos albergue, ao lado do rito comum, algumas disposições específicas e compatíveis, a fim de viabilizar o conhecimento de pretensões, inicialmente deduzidas sob ritos especiais. Preservam-se alguns atos especiais, que muitas vezes só se apresentam na fase postulatória, para que a instrução conjunta, já sob o rito comum, amplie as possibilidades de cumulação e afirme a economia processual. Assim, por exemplo, a demanda consignatória pode requerer a declaração da dissolução do negócio, com o consequente depósito da cláusula penal, ou limitar-se ao depósito, para fins de liberação da dívida.

25.5.3 Natureza da decisão

A sentença proferida no processo de conhecimento, sob o rito especial da consignação em pagamento, assume natureza declaratória, diante do depósito integral, feito em acordo com as exigências formais. Essa natureza declaratória permite a produção de efeitos retroativos à data do depósito, que como se pode constatar, caracteriza a extinção da obrigação.

Havendo, entretanto, alegação de insuficiência do depósito, a decisão judicial pode-se tornar complexa. Para tanto, basta imaginar que o final da instrução permita juízo de procedência sobre o pedido do réu, acerca da complementação. Nesse caso, em acordo com as lições sobre a teoria dos capítulos de sentença, podemos afirmar que sua primeira parte trará pronunciamento de natureza declaratória sobre a liberação parcial do autor, e, de natureza condenatória deste, sobre o valor remanescente, na segunda parte do pronunciamento.

25.6 CONSIGNAÇÃO EM CASO DE DÚVIDA QUANTO À LEGITIMIDADE PASSIVA

A demanda consignatória cuja legitimidade passiva seja incerta apresenta rito distinto e deve ser analisado em destaque. A circunstância não envolve, necessariamente, controvérsia entre o devedor (autor) e o credor (réu), mas apresenta dúvida sobre quem deve receber o pagamento, e causa insegurança jurídica sobre os termos da liberação da dívida.

De início, constata-se que o depósito permanece como ato específico e também aqui antecede a citação. Esta, por sua vez, destina-se a possíveis interessados e serve como convocação para que no prazo da contestação, sejam provadas as afirmações sobre o direito de crédito.

A incerteza sobre quem seja(m) o(s) credor(es), por decorrência do contraditório, impõe, ao demandante, a promoção de citação por edital. De fato, observada a citação, ainda que ficta, o processo pode seguir com a ausência de pretendentes, pode seguir com apenas um pretendente, ou, ainda, se desenvolver perante um

litisconsórcio passivo, formado pela presença de mais de um pretendente.

A ausência de pretendentes implica conversão do procedimento, que desse momento em diante observará as disposições procedimentais destinadas às coisas vagas, em acordo com o art. 746.

O comparecimento de um único pretendente, por sua vez, impõe para o magistrado a prática de atos instrutórios, a fim de que se possa verificar, preliminarmente, a veracidade das alegações do réu quanto à legitimidade passiva. Vencida essa etapa, é preciso verificar os termos da contestação, que, como se pôde registrar em linhas anteriores, admite, entre seus argumentos, a insuficiência do depósito. Certo de que a defesa pode retardar ou mesmo impedir o efeito liberatório, essas questões seguem o rito convencional da consignação e não mais justificam qualquer alteração procedimental.

O comparecimento de mais de um pretendente, com pretensões individuais de legitimidade passiva, provoca verdadeira cisão na relação processual, que passa a percorrer duas linhas distintas: a primeira trará disposições sobre o devedor e o litisconsórcio de possíveis credores; a segunda se desenvolverá apenas entre os credores.

Sobre o tema, eis a redação do art. 548, III: “comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os presuntivos credores, observando o procedimento comum”.

A simples formação desse litisconsórcio passivo, formado por mais de um pretenso credor, corrobora a existência de dúvida sobre o destinatário do pagamento, e autoriza a liberação do autor, pela procedência do pedido. Porque vencedor do processo, mesmo antes do pronunciamento acerca do concurso de pretensos credores, as despesas processuais e os valores devidos em razão dos honorários advocatícios devem ser deduzidos do valor já depositado.

Registra-se, ainda, que o rito especial somente se justifica pela existência de dúvida séria. Do contrário, segue-se a via já descrita

para o cumprimento da obrigação. Assim, evita-se que o rito processual decorrente da dúvida seja utilizado com fins procrastinatórios.

25.7 RESGATE DE ENFITEUSE

A enfiteuse é direito real sobre coisa alheia, e provoca o desmembramento das faculdades inerentes ao domínio. Em autorizada doutrina, define-se a enfiteuse como: “direito real de posse, uso e gozo de imóvel alheio, alienável e transmissível por herança, conferido, perpetuamente, ao enfiteuta, obrigado a pagar uma pensão anual invariável ao senhorio do direito”.[284]

Por ela, o enfiteuta exerce as faculdades de uso, gozo e fruição do bem, sem, no entanto, deter o direito de propriedade, que permanece com o senhorio. Esse direito real impõe ao enfiteuta o pagamento de renda anual, chamada foro, e estabelece também, em caso de eventual alienação onerosa do bem, o pagamento de um percentual sobre o valor da venda, ao senhorio, chamada de laudêmio.

A natureza perpétua desse direito real, de certo modo, é flexibilizada pelo processo civil, que estabelece um procedimento específico para o exercício do poder jurídico, atribuído ao titular do domínio útil, de resgatar a enfiteuse após o prazo de dez anos. O resgate pressupõe o pagamento de um laudêmio de 2,5% sobre o valor atual da propriedade plena e o valor correspondente a dez pensões anuais.

Esse direito é previsto no Código Civil de 1916 que, como sabemos, de há muito foi revogado. O atual Código material veda a constituição de novas enfiteuses, todavia, cabe à legislação processual regular o exercício dos poderes decorrentes de contratos já firmados e ainda em vigor. Por essa razão, o novo Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 549, o rito da consignação em pagamento para o resgate do aforamento, na hipótese de o senhorio recusar o resgate.

A decisão, nesse caso, além de declarar a existência de tal direito potestativo de liberar o imóvel do gravame, assume caráter constitutivo, pois expede ordem para o cancelamento do direito real, a ser lançado no registro de imóveis correspondente.

25.8 CONSIGNAÇÃO DOS ALUGUÉIS E SEUS ACESSÓRIOS

A atual lei de locações de imóveis urbanos (Lei 8.245, de 18.10.1991), estabelece algumas inovações sobre procedimento consignatório. Por isso, a lei do inquilinato, como também é conhecida, nos permite considerar, como tópico distinto, a consignação de aluguéis e outros encargos locatícios. Aplica-se a lei especial, mesmo diante de lei geral e posterior, aqui representada pelo CPC.

As hipóteses de admissibilidade da consignação não destoam do Código Civil, mas acrescentam a possibilidade de o depósito ser feito por inquilinos, na eventualidade de moradias multifamiliares coletivas, que tenham situação precária, reconhecida pelo Poder Judiciário. Nessa circunstância, o depósito libera os inquilinos do débito, e só pode ser levantado, pelo senhorio, mediante a regularização do imóvel.

No que se refere ao procedimento, a lei de locação, que data de 1991, não menciona, nem poderia mencionar, por questões cronológicas, a dinâmica processual do novo Código de Processo Civil. Embora apresente uma série de alterações para a prática dos atos processuais, não há procedimento. Por essa razão, o rito consignatório, apresentado neste capítulo, serve em caráter subsidiário, o que nos permite comentar, a seguir, apenas as especificidades da locação.

De início, observamos disposição específica sobre a competência do juízo, que nesse caso se afirma pela situação do imóvel e não pelo local do pagamento.

A citação, enquanto ato de comunicação processual que convoca o réu ou terceiro para integrar o processo, permanece

pessoal e deve observar, sempre que possível, a identidade da pessoa física.

O depósito, em qualquer das modalidades de consignação, é requisito de admissibilidade do procedimento e deve ser requerido na exordial. Entretanto, tratando-se de consignação pautada na lei do inquilinato, temos duas alterações importantes: a primeira delas determina que o autor efetue o depósito após a citação do réu e não antes da comunicação; a segunda decorre do prazo para o depósito, que nesse caso se limita a vinte e quatro horas. A ausência da consignação, como se pode deduzir, implica extinção do processo sem a resolução do mérito.

Por expressa previsão legal, a demanda compreenderá não apenas as prestações vencidas até a apresentação da exordial, mas também as que vencerem até o julgamento de primeira instância. A limitação se justifica, vez que a natureza declaratória da sentença incide apenas sob o que já foi consignado e lhe empresta, sob regime retroativo, eficácia liberatória.

Aplicam-se as disposições já estudadas para a ausência de contestação e seus efeitos materiais e processuais, com ressalva feita ao valor dos honorários advocatícios, nesse caso estipulados na ordem de 20%.

A contestação tem sua matéria de defesa limitada, a exemplo do que faz o Código de Processo. O prazo para seu oferecimento é de quinze dias, pois, diante da ausência de previsão na lei de locação, aplicam-se as disposições do art. 335 do CPC/2015.

A complementação do depósito, após a contestação, sofre significativas alterações, e merece destaque, pelos termos a seguir: uma vez alegada a insuficiência do depósito, o autor terá prazo de apenas cinco dias para complementá-lo. A esse valor será acrescido 10% de penalidade. Registra-se, ainda, que a quitação do débito, sem prejuízo da vitória do autor, não lhe exime de arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20%.

O levantamento do depósito, por sua vez, em qualquer consignatória, é feito, atualmente, a qualquer momento, desde que o valor em questão seja parte incontroversa da demanda.

[284] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. I, p. 278.



26.1 INTRODUÇÃO

A administração de bens ou negócios alheios gera inexoravelmente, para o gestor, a obrigação de prestar contas. A prática desse ato é também um direito, pois assegura o encerramento da relação material pelo cumprimento do dever.

A legislação revogada previu, dentro dos ritos especiais, ações para exigir e prestar contas. O Código atual, entretanto, manteve apenas, em seus procedimentos diferenciados, a ação de exigir contas. Se essa supressão, por um lado, traduz a proposta de simplificação dos meios processuais, por outro, assegura ao gestor, pelo rito comum, o exercício de um direito de cumprir o seu próprio dever, a fim de que possa se ver livre da obrigação.

De fato, negar a possibilidade judicial da prestação de contas é afastar do devedor o exercício da jurisdição e ferir gravemente a ordem constitucional de acesso à justiça. Para tanto, basta imaginar que a parte contrária, cujos bens foram administrados, se recuse, indevidamente, a receber o demonstrativo das contas, o que, fatalmente, posterga a relação de direito material pelo não cumprimento do dever imputado ao gestor, que não disporia da via

judicial para apurar o cumprimento de seus deveres e encerrar a relação obrigacional.

Por essa razão, esse procedimento segue os termos definidos entre os arts. 550 e 553 do CPC/2015, que, ao final, definindo o saldo das contas, vale como título judicial em favor daquele que tenha direito ao benefício contábil.

Feitas essas considerações, seguimos no estudo da ação de exigir contas, cujo objetivo é liquidar o relacionamento jurídico decorrente da administração de bens, valores ou interesses de outrem, de origem legal ou contratual. Ao final, a decisão judicial, caso seja procedente, fará o acertamento do montante e condenará o devedor.

Em linhas mais práticas, pode-se concluir que o acertamento sobre a existência de débito ou crédito não encerra a finalidade da demanda, vez que o montante, eventualmente fixado pela decisão, assume caráter condenatório, que, por força do art. 552, constitui título executivo judicial e pode ser exigido nos próprios autos, seguindo, para tanto, o rito do cumprimento de sentença.

26.2 NATUREZA DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

A ação de exigir contas instaura processo de conhecimento, e mesmo assumindo pretensões executivas, pela decisão que apura o saldo, não descaracteriza a preponderância da atividade cognitiva na relação processual.

As relações de natureza patrimonial retratadas neste capitulo podem assumir caráter unilateral, pela sujeição de apenas uma das partes ao cumprimento de obrigações, tal como acontece com o síndico, ou, assumir caráter bilateral, o que é mais comum, a exemplo do que acontece em contratos de conta corrente.

A atividade cognitiva desenvolvida nesse caso permite que qualquer dos sujeitos do processo exerça o poder de ação para deduzir em juízo pretensões referentes ao resultado econômico da

prestação de contas, sem a necessidade da reconvenção. Por essa razão, reconhece-se a natureza dúplice da demanda.

26.3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O estudo dos requisitos de admissibilidade, neste tópico, limita-se à legitimidade das partes e ao interesse de agir, mas não afasta as disposições gerais sobre a matéria.

Considerando as especificidades do procedimento, passamos a identificar: quem tem autorização para exigir a prestação de contas; em face de quem se deve demandar a prestação; quando tal procedimento se mostra útil para a efetivação do direito material de liquidação da obrigação; e, por qual via processual se deve seguir.

26.3.1 Legitimidade

A legitimidade ativa é conferida àquele que, pela relação jurídica afirmada em juízo, se apresenta como titular do direito de exigir contas. Sendo essa uma hipótese de legitimidade ordinária ativa, não se pode deixar de considerar os casos em que o contrato ou a legislação conferem, a determinados órgãos de representação coletiva, a legitimidade para a demanda da prestação de contas. Assim, por exemplo, o condômino, embora titular do direito, vez que seus interesses são geridos por outrem, não detém autorização legislativa para propor individualmente a demanda, perante o síndico ou o administrador social, devendo-se, nessa circunstância, observar a natureza excepcional que limita a certos órgãos o destino da prestação de contas.

De fato, sociedades demandam sempre a instituição de órgãos para a gestão de bens alheios que, por essa relação de natureza material, ficam obrigados a prestar contas de seus atos de gestão.

> Acontece que, por lei ou pelos estatutos, costuma-se estabelecer órgãos internos da sociedade a que se atribui a função de apreciar e julgar as contas de seus administradores. Nessa conjuntura, uma vez aprovadas as

> contas pela assembleia geral ou órgão equivalente, quitado se acha o gestor de sua obrigação de prestar contas, e descabível será a pretensão de algum sócio individualmente de acioná-lo para exigir novo acerto de contas em juízo.[285]

Sem prejuízo de eventual disposição legal ou contratual, que atribui a órgão determinado a legitimidade ativa para a demanda de prestação de contas, haverá sempre a obrigação de prestar essas informações diretamente aos sócios, o que se verifica pelos documentos contábeis apresentados no encerramento da gestão.

A mesma relação material deduzida em juízo nos informa o legitimado passivo da demanda, que nesse caso refere-se a quem detenha o dever de prestar as informações. Sendo a gestão feita em caráter social, o dever recai sobre os sócios administradores e não sob a sociedade. Nessa hipótese, a regularidade ou irregularidade da sociedade não é fato relevante para o procedimento.[286]

26.3.2 Interesse de agir

Qualquer sujeito da relação patrimonial que por lei ou por contrato tenha o dever de prestar contas por atos praticados, em interesse comum ou singular, pode ser demandado em juízo para prestar contas.

O interesse de agir, entretanto, não decorre apenas da existência da relação de direito material, sendo necessário avaliar a necessidade da intervenção judicial para a resolução do litígio, que tanto pode ocorrer no caso de recusa injustificada em prestar contas, de rejeição das contas apresentadas, e, ainda, de haver dúvida sobre a composição das verbas.

Deve-se ainda verificar se o rito especial da prestação de contas, que aqui regulamenta a dinâmica da relação processual em jurisdição contenciosa, é adequado para o caso concreto, pois há circunstâncias em que a prestação se faz por jurisdição voluntária, em que serve de exemplo a atuação do inventariante e do curador.

26.4 PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ADMINISTRADORES JUDICIAIS

A prestação de contas devida pelo inventariante, curador, depositário ou qualquer outro administrador judicial deve ser apresentada no mesmo processo em que se fez sua nomeação, por autos apartados.

A competência do juízo nessa condição é funcional e, portanto, inderrogável por vontade das partes, ainda que eventual requerimento para a alteração seja conjunto ou decorrente de negócio jurídico processual.

Exercida a prestação de contas, eventual saldo autoriza a condenação das pessoas referidas acima, cujas penalidades variam entre a destituição do cargo, o sequestro de bens sob sua guarda, a glosa do prêmio ou gratificação a que teria direito, e, ainda, o emprego de medidas executivas para garantir a recomposição dos prejuízos.

Sobre as sanções mencionadas acima em decorrência do parágrafo único do art. 553, deve-se registrar que a determinação da sanção, bem como a dispensa, segue as orientações das normas fundamentais e do mandamento constitucional de motivação das decisões judiciais. Por essa razão, não se pode sustentar, no Estado Democrático de Direito, que a incidência da sanção se justifique por mero arbítrio judicial.

26.5 PROCEDIMENTO

O procedimento especial estabelecido para que se possa exigir a prestação das contas apresenta duas fases, em ordem de precedência lógica. A primeira delas se destina a declarar a existência do direito afirmado pelo autor em face do réu. Se procedente, isso implica reconhecimento do dever de prestar contas por parte do demandado, viabilizando, em ordem sucessiva, o início da segunda fase. Esta consiste na apuração das contas, com a finalidade de apurar-se o saldo final.

A estrutura do rito já nos permite concluir pela cumulação de pedidos, em ordem declaratória e condenatória, já que, mediante o reconhecimento do dever jurídico, decorrente da relação material havida entre as partes, eventual saldo deverá ser liquidado pelo demandado. Vejamos, então, suas peculiaridades, considerando, para tanto, as duas fases procedimentais: declaratória e condenatória.

A primeira fase é deflagrada, como todas as demais, pelo exercício do poder constitucional de ação. Assim, deduzem-se em juízo, na petição inicial, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com os documentos comprobatórios.

O juízo de admissibilidade positivo já nos permite compreender, pela relação jurídica de direito material afirmada, a adequação do procedimento – pela via da necessidade da manifestação judicial – e a adequação da via procedimental, bem como a legitimidade do réu para apresentar as contas exigidas.

Adiante, realizar-se-á a citação do réu para que cumpra o seu dever ou ofereça resposta, no prazo de quinze dias. Citado, o réu pode adotar ao menos cinco comportamentos distintos: (i) apresentar as contas; (ii) apresentar as contas e conjuntamente contestar a ação; (iii) não se manifestar, o que em termos práticos implica revelia; (iv) contestar a ação sem negar o dever de prestar contas; e ainda, (v) contestar a ação, negando o dever de prestar contas. Vejamos, brevemente, as consequências jurídicas de cada uma dessas possibilidades, sem desconsiderar o fato de que a demanda expõe uma cumulação sucessiva, de sorte que a segunda pretensão, de condenação do demandado no pagamento do saldo, se justifica pela procedência da primeira pretensão de reconhecimento do dever jurídico do réu em prestar as contas.

A primeira delas traduz o reconhecimento do direito de exigir contas, tornando incontroversa a alegação e dispensando a fase instrutória sobre o tema, que segue para a decisão sobre o valor eventualmente devido, decorrente das informações prestadas em juízo. Nessa segunda fase, assegura-se ao autor, pelo prazo de quinze dias, possibilidade de manifestação acerca do saldo final.

Se o prazo escoar sem pronunciamento do autor, o processo se encerra pela aprovação das contas, caso em que a decisão valerá de título executivo para a satisfação de eventual direito de crédito. Do contrário, havendo impugnação, segue-se o rito comum.

O segundo comportamento do réu não decorre da previsão legal estabelecida pelo art. 550, que estabelece em conjunção alternativa, a prestação de contas ou o oferecimento da contestação. Todavia, como o caso prático pode trazer divergência quanto ao conteúdo das informações deduzidas em juízo pelo autor, admite-se, por corolário, que o demandado as pratique conjuntamente, prestando contas e apresentando contestação. É o que se verifica, por exemplo, quando o autor se recusa, sem justo motivo, a receber as contas do administrador. Nessa hipótese, pode o devedor, uma vez demandado injustamente, prestar as contas e contestar a necessidade do processo, por meio do interesse de agir, requerendo, ao final, a condenação do demandante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

A terceira possibilidade caracterizada pela ausência de manifestação pressupõe o não exercício do direito de defesa. Como dentre elas se inclui a contestação, conclui-se pela revelia. A produção de seus efeitos, materiais e processuais, imprime dinâmica ao procedimento, pela presunção relativa, dispensa da fase probatória e julgamento antecipado do mérito.

A decisão, nesse caso, impõe, ao réu revel, condenação para prestar as contas exigidas pelo autor, no prazo de quinze dias, sob pena de autorizar-se o próprio demandante a fazê-lo, sem possibilidade de impugnação. A consequência desse pronunciamento interlocutório sobre o mérito permite que, em eventual demonstração das contas pelo demandante, o valor seja incontroverso. Sobre esse conteúdo, o juízo deve entregar decisão de natureza condenatória, a fim de garantir a satisfação do crédito consubstanciada na sentença. Ressalte-se, sobretudo, que a revelia não afasta o juízo de admissibilidade do processo nem conduz, impreterivelmente, à procedência do pedido e à condenação do réu. Observa-se, também aqui, o respeito às normas de ordem pública e aos deveres instrutórios no exercício da jurisdição.

A quarta via decorre de defesa contra o processo, que, por expressa determinação legal, admite que a contestação traga apenas argumentos contra a admissibilidade do procedimento, sem com isso resistir à prestação de contas. Trata-se das questões preliminares ao exame de mérito, que uma vez acolhidas pelo magistrado implicam extinção sem resolução acerca da pretensão deduzida pelo autor. Ao revés, se tal argumentação for refutada, a ausência de impugnação específica sobre os pedidos da exordial lhe dispensa presunção relativa e conduz para o julgamento antecipado do mérito.

O último comportamento mencionado nestes estudos se refere à contestação que, em seus argumentos, nega a obrigação de prestar contas. Isso imprime, para os demais atos do processo, o rito comum.

26.5.1 Primeira fase

A primeira fase do procedimento especial de prestação de contas considera o reconhecimento desse direito. Certificamos que a exordial apresenta cumulação própria e sucessiva e, agora, veremos a espécie de pronunciamento judicial sobre cada uma das pretensões deduzidas.

De início, relembramos que a sentença se caracteriza pelo encerramento da fase cognitiva do procedimento comum ou pela extinção da execução. Sua fundamentação, para tanto, deve observar as hipóteses previstas nos arts. 487 e 485, que, por sua vez, retratam as hipóteses de extinção sem resolução de mérito e os casos nos quais há resolução de mérito. Já a decisão interlocutória se identifica por exclusão, pois absorve todos os outros pronunciamentos de carga decisória que não se enquadrem no conceito legal de sentença. Dessa forma, como já se pôde registrar em linhas anteriores, decisões parciais de mérito, em nosso regime processual, são concebidas de forma interlocutória e submetem-se a meio específico de impugnação, pela interposição do agravo de instrumento, enquanto a sentença desafia o recurso de apelação.

Dito isso, podemos observar que o juízo de admissibilidade negativo, feito liminarmente ou após a entrega da contestação, por provocar a extinção do processo sem a resolução do mérito, faz-se por sentença, já que esse pronunciamento judicial, aqui, tem aptidão para encerrar o módulo processual. A mesma natureza terá a decisão que julgar improcedente a demanda, pela inexistência do direito de exigir contas, caso em que toda a atividade de acertamento resta prejudicada.

Já a decisão que reconhece o direito de exigir a prestação de contas, ao que procuramos evidenciar, resolve parcialmente o mérito do processo, pois perfaz apenas a primeira parte da cumulação deduzida na petição inicial. Por isso, entendemos, trata-se de pronunciamento interlocutório, que condena o réu a prestar contas no prazo de 15 dias.

26.5.2 Segunda fase

A decisão de encerramento da primeira fase, como visto, impõe ao réu uma condenação em obrigação de fazer. Como não se pode constranger fisicamente alguém a prestar um fato, trabalha a legislação processual com a inversão da responsabilidade para a apresentação das contas. Na prática, isso permite que o autor, em caráter subsidiário ao descumprimento da ordem judicial, por parte do réu, apresente as contas, sem possibilidade de impugnação pela parte adversa.

Apresentadas as contas pelo réu, confere-se, ao autor, prazo de quinze dias para impugnar o resultado. Eventual divergência sobre o saldo é dirimida mediante o emprego do rito comum, todavia, a natureza dúplice da ação permite que, ao final, a decisão judicial assuma natureza condenatória, podendo servir ao autor ou ao réu, a depender do resultado apurado pela prestação das contas.

A condenação de qualquer das partes, nesse caso, encerra o módulo cognitivo e, por isso, se enquadra no conceito de sentença, que servirá como título executivo e permitirá a prática de atos para a satisfação do crédito, em outra fase, de cunho executivo. O

cumprimento dessa sentença condenatória seguirá o rito para a execução de entregar quantia certa.

[285] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 80.

[286] Idem.



27.1 INTRODUÇÃO

O estudo da posse já produziu dezenas de teorias acerca de sua natureza jurídica. Dentre elas, destacam-se a teoria subjetiva, de *Savigny,* e a teoria objetiva, de *Ihering.*

A primeira compreende a posse como o poder de dispor fisicamente da coisa, aliado ao *animus domini.* Para essa corrente doutrinária, seriam pressupostos da posse: o poder de ordem física sobre a coisa e a intenção de tê-la como sua. Foi sob essa premissa que Savigny concebeu a teoria clássica ou subjetiva, ainda hoje referida pela doutrina nacional.

A segunda teoria, objetiva, foi adotada pelo Código Civil de 1916 e reiterada pelo Código Civil de 2002 que, por essa razão, serve de referência para nossas considerações. Por ela, a posse é o poder de fato sobre a coisa.

Em sua delimitação conceitual, a intenção é elemento circunstancial e não afasta a percepção da posse, que existe com ou sem o *animus domini.* Na prática, essa vertente intelectual nos permite, por exemplo, tratar como possuidor o locatário, que exerce, sobre a coisa, poderes inerentes ao proprietário, tais como o uso e

gozo da coisa, sem, no entanto, apresentar intenção de se tornar dono.

O Direito brasileiro, como se disse, adota as lições de Ihering, o que nos permite concluir, em linhas objetivas, ser a posse um fato, que como tal, evidencia o exercício de alguns poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. No sentido do texto, o art. 1.196 do diploma material afirma que: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade”.

Registra-se ainda, em campo doutrinário, certa divergência sobre a natureza jurídica da posse, havendo quem defenda uma percepção distinta. Para tanto, adota-se a definição do que seja direito, do próprio Ihering, nos termos de que esse seja um interesse juridicamente protegido. Isto autoriza a definição da posse como um direito, vez que o ordenamento jurídico lhe empresta proteção, inclusive de ordem processual, por ritos diferenciados. A conclusão é coerente, pois pressupõe a adoção de duas premissas da mesma linha acadêmica. É dizer: o pensamento de *Ihering* serve para definir o direito e, por conseguinte, inclui, nesse rol, o instituto da posse.[287] Todavia, essa corrente desconsidera duas questões relevantes: os efeitos do tempo na percepção dos sentidos, e para tanto, basta lembrar as influências da interpretação no emprego semântico de palavras como família e devido processo legal, cuja alcance é sempre construído em determinado contexto histórico; e, ainda, a vinculação dos conceitos de direito e posse à mesma corrente teórica.

Com linhas mais simples, pode-se afirmar, em consonância com a maior parte da doutrina brasileira, que, embora tenhamos adotado determinada lição intelectual para conceituar a posse, isto não nos vincula ao conjunto da obra de *Ihering*, sendo possível, e até mesmo inexorável, que o significado do direito, assim como a percepção dos fatos, seja feito a partir de ocorrências históricas e mutáveis ao longo do tempo. Por isso, preferimos sustentar que, no ordenamento atual, a posse permanece como um fato, normalmente revelador do exercício de uma das faculdades do direito de propriedade.

27.2 A TUTELA POSSESSÓRIA

A posse, assim como a urgência e a evidência, é um fato relevante para a dinâmica processual, que lhe dispensa, em decorrência disso, procedimento diferenciado para a satisfação do direito afirmado em juízo.

A compreensão dos meios processuais de proteção possessória, em nossa opinião, é precedida do contexto histórico de valorização da propriedade. Por essa estrada, é possível identificar, no direito material, que uma série de direitos, conferidos a uma parcela não tão significativa da população, é ferozmente defendida pelo Poder Público. Com linhas mais simples: a ordem jurídica liberal individualista, firmada pela legalidade do Estado de Direito, de há muito reconhece, na posse, a exterioridade do domínio e, por essa razão, a toma como fato relevante para o surgimento do direito de manutenção, restituição e segurança a favor de quem se sinta ameaçado. No mesmo sentido do texto, dispõe o art. 1.210 do CC que: “o possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, restituído, no caso de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

Essa previsão, ao tempo que estabelece direitos para o jurisdicionado, impõe para o Estado, em razão da isonomia material e da especificidade do fato (posse), a entrega de procedimentos especiais. Retoma-se, portanto, o fundamento do tratamento diferenciado: a faticidade.

O reflexo imediato disso, na seara dogmática, se escreve pela absorção de exemplos reais, em abandono de circunstâncias formais que raramente incidem sobre o caso concreto ou provocam reflexões do leitor.

> É chegada a hora de o jurista abandonar os exemplos tradicionalmente empregados, mas que muitas vezes são impossíveis de se verificar na prática, para examinar casos concretos, ou que podem acontecer na prática. Não se pode mais aceitar a utilização apenas dos exemplos de Caio e Tício. É certo que não há maior dificuldade em resolver um

> caso em que Fulano invade um imóvel de Beltrano, esbulhando a posse, e vindo este último a postular tutela jurisdicional para seu direito.[288]

É certo que os exemplos didáticos despertam impressões mais simples da matéria, mas é preciso ir além, para que o aprendizado, ao final, reflita a diversidade da vida e o desafio jurídico de lidar com a complexidade do caso concreto. Por isso, a posse, enquanto fato de ordem social, traz consigo as especificidades do cotidiano, em que, por exemplo, grupos organizados “sem terra”, invadem determinado imóvel improdutivo.

Nesse caso, já é possível identificar que a resposta procedimental não será simples. Deve considerar as dificuldades de comunicação dos envolvidos, os impactos práticos do desalojamento dessas pessoas – que hodiernamente destoa para o bloqueio de vias públicas, com sérios prejuízos sociais –, e ainda, a condição de hipossuficiência econômica, no caso de eventual exercício do direito de defesa.

Quer-se com isso dizer que: a percepção da posse como fato e a disponibilização de ritos especiais, no cenário atual, não mais se justificam pela individualidade, pois a interpretação, a compreensão e a aplicação da proteção possessória acontecem sobre um novo horizonte constitucional e, por isso, assumem uma função social.

Nesse contexto, o fundamento filosófico da posse assume nova morada, e se afirma pelo respeito à personalidade humana, à segurança social, pela preservação da atuação material de quem legitimamente a possua, e ainda, pela vedação da justiça privada. Não por outra razão, o texto constitucional estabelece em seu art. 5º, XXIII, ser direito fundamental a função social da propriedade.

Por tudo isso, a posse, enquanto fato eloquente do exercício da propriedade, não pode estar dissociada do mandamento constitucional, o que nos permite refletir sobre a possibilidade de incluir, em sua percepção, a função social. É dizer, com linhas mais simples: o fato que legitima a proteção possessória não se verifica apenas pela ordem objetiva, hoje adotada pelo Código Civil. Embora o novo Código de Processo Civil referende apenas dados objetivos

para a compreensão da posse, penso que podemos avançar um pouco mais para lhe emprestar nova exigência: o atendimento da função social. Assim, por exemplo, proprietários de terra, utilizada para a exploração de trabalho escravo, não encontrariam no Poder Público proteção indiscriminada, que, na hipótese, serve para preservar a consecução de atividades hediondas.

Merece destaque o teor da Súmula 619 do STJ, que adverte: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

Feitas essas considerações, retomamos as lições pragmáticas sobre a matéria, e passamos a estudo do tempo e seus efeitos sobre a proteção possessória, em acordo com a legislação.

27.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DO TEMPO NA POSSE

O tempo é fator indispensável para a percepção da posse, pois nem todo contato com a coisa a caracteriza e legitima a proteção estatal. Isso significa que a constituição do fato decorre de uma situação continuada. Trata-se de fato complexo, que pressupõe certa duração. Dito de outro modo: a manutenção das coisas, para seu aproveitamento econômico, seja de ordem social ou individual, é uma das finalidades da posse. De outro lado, a inatividade do possuidor, no exercício das faculdades e deveres inerentes à posse, causa-lhe a extinção. Essa atividade continuada caracteriza o fato duradouro e revela o efeito temporal na percepção da posse.

A atuação concreta do possuidor congrega uma série de atos e fatos naturais que, em seu conjunto, contribuem para a formação de um fato jurídico complexo. O valor dessa atividade é fundamental para o emprego do rito diferenciado, pois o justifica, pela visibilidade da posse. Sob essa perspectiva, portanto, o tempo torna-se fundamental para a formação do fato e para o emprego da tutela possessória. Já a propriedade, enquanto direito, goza de imediata proteção jurídica e também dispensa, para seu titular, procedimento

específico. Todavia, se o proprietário pode manter a situação jurídica decorrente da titularidade sem com isso ter que observar a continuidade no exercício de suas faculdades inerentes (uso, gozo, fruição, reivindicação etc.), essa proteção, sob outro ângulo, também sofre os efeitos do tempo. Não em sua concepção, como direito de propriedade, mas na preservação, pela inocorrência de usucapião.

Ao final, pode-se concluir que o tempo é relevante para a constituição da posse, pela formação do fato continuado que a caracteriza, e, para a preservação do direito de propriedade.

27.4 NATUREZA DO PROCEDIMENTO DE TUTELA DA POSSE

O procedimento dispensado para a proteção da posse assume natureza diferenciada em razão de fato complexo, decorrente de conduta reiterada no tempo que evidencia, em sua maioria, o exercício de algumas faculdades inerentes à propriedade.

Na legislação anterior, o rito processual se afirmava quase que exclusivamente pela possibilidade da decisão judicial liminar, proferida *inaudita altera pars*. Essa especificidade do procedimento demandava o exercício do direito de ação dentro do prazo de ano e dia e justificava, pelos valores liberais individualistas do século passado, célere resposta jurisdicional para preservar a propriedade sobre as coisas.

A retomada da faticidade, em certa medida, reflete diretrizes políticas e sociais e, por essa razão, é possível identificar uma correlação evidente entre a percepção do fato e o método empregado para proteger o direito que dele resulta. Isso nos permite afirmar, ainda que por via minoritária, novas razões para a especificidade do procedimento possessório, que não mais se identifica, como no Código revogado, pela possibilidade de decisões liminares ou pela fungibilidade das pretensões deduzidas, mas sim pelo reconhecimento de suas causas sociais, o que, na ordem prática, coloca, no polo passivo da demanda, um grande número de

pessoas, frequentemente desassistidas pelo Estado e com baixa capacidade econômica.

Por essa razão, o atual procedimento da tutela da posse demandou atualização legislativa e hoje se apresenta como alternativa para a resolução de conflitos que, em sua maioria, trazem consigo reclames de ordem coletiva.

Feitas essas considerações, seguimos com o estudo do procedimento, analisando seus requisitos específicos de admissibilidade.

27.5 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Enquanto fato complexo caracterizado pela continuidade, a posse não deve ser violenta, clandestina ou precária. É dizer, pelas linhas do art. 1.200 do Código Civil, que a posse deve ser justa, para gozar de proteção. Do contrário, o fato complexo é imperfeito para justificar a disponibilização do rito especial. Vejamos, portanto, as razões dessa exigência legislativa.

A posse violenta não se afirma apenas pelo emprego de força física, embora essa seja sua expressão mais evidente, mas também por abusos de natureza moral. A violência pode ser exercida diretamente sobre o indivíduo ou sobre seu preposto, e, ainda, quando traduz apenas sério receio decorrente de ameaças, imputa à posse um vício eloquente, capaz de afastar a proteção processual.

A falta de publicidade na composição do fato complexo (posse) é vício que decorre da prática deliberada de afastar do antigo possuidor a ciência da alteração. Assim, por exemplo, aquele que altera a marcação de determinada fazenda, deslocando a cerca metros à frente, para consumar a invasão de terreno alheio e estender sua atuação sobre a área, atua sem publicidade, necessária para legitimar a proteção possessória.

A precariedade da posse resulta do abuso de confiança e pode ser exemplificada pela recusa injusta de devolução. “Posse precária, portanto, é a do fâmulo da posse que, abusando da confiança que nele depositou o verdadeiro possuidor, inverte a natureza da posse

até então exercida em nome alheio, passando a agir como possuidor em nome próprio."[289]

As exigências pela Constituição da posse justa se justificam, não apenas para obtenção da proteção jurídica, mas também para eventual perda dessa prerrogativa, para novo possuidor, vez que a legitimidade não se estende indefinidamente no tempo. Dito com outas palavras: a ausência de publicidade, a falta de exercício pacífico ou a descontinuidade da posse a descaracterizam como tal e, por essa razão, podem afastar as razões do tratamento diferenciado. Todavia, o caso concreto pode demonstrar o desaparecimento da violência ou da clandestinidade, tornando-a legítima e digna de proteção para um novo possuidor.

A posse, como se pôde afirmar, será justa ou injusta. Há, entretanto, outras classificações, que pela proposta didática deste curso, são indicadas a seguir.

Quem tem poder sobre a coisa, ainda que temporariamente, e exerce sobre ela algum dos poderes inerentes ao direito de propriedade, detém a posse direta. Assim, por exemplo, identificamos a posse do locatário, que mantém contato físico com a coisa. A posse indireta, por sua vez, é exercida pelo próprio dono ou assemelhado, que cede o exercício de alguns poderes a outrem.[290]

Nossa tradição jurídica admite o desmembramento da posse, pois a percebe pela ocorrência de dois fatos distintos: o primeiro, pelo fato complexo já estudado em linhas anteriores; o segundo, pela existência do direito de propriedade. Por essa razão, tanto o possuidor direto como o possuidor indireto gozam de tutela diferenciada.

A regulamentação dos termos da posse direta pode ser regulada por lei ou por contrato, e estabelece, dentre outras questões, o lapso temporal para seu exercício. Afirma-se, ainda, que o possuidor direto pode-se valer da proteção possessória em face do possuidor indireto, se as convenções ou disposições legais não forem respeitadas. Retomando-se o exemplo da locação, podemos concluir que o locatário, em princípio, tem o direito de exercer a posse mansa e pacífica sobre a coisa, aqui representada por um imóvel, durante a vigência do contrato de locação. Eventual

obstáculo, sobre esse exercício, criado pelo proprietário, tal como a exigência da devolução antes do prazo, sem motivo justo, legitima a proteção possessória para o locatário (possuidor direto) em face do locador (possuidor indireto).

Sob outra perspectiva, a posse pode ainda ser classificada em função da boa ou má-fé. A posse de má-fé ocorre quando o indivíduo, consciente de que detém a coisa sem legitimidade, mesmo assim a exerce. Não há equivalência entre a posse injusta e a posse de má-fé, pois aquela congrega apenas vícios de precariedade, clandestinidade e violência, enquanto esta é mais ampla e pode, por exemplo, decorrer de vícios contratuais. A distinção traz repercussões importantes para a percepção dos frutos e rendimentos auferidos pelo possuidor, durante o tempo em que exerceu a posse e, por essa razão, ainda que brevemente, são mencionados neste capítulo.

27.6 LEGITIMIDADE

A legitimidade ativa concentra-se no possuidor, que, pelos termos do art. 1.196 do Código Civil, é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Sob a mesma base legislativa, pode-se ainda considerar que o detentor não é possuidor, pois se encontra em relação de dependência com esse e em seu nome conserva a coisa, por meio de ordens ou instruções. Assim, por exemplo, o motorista e o caseiro não detêm legitimidade ativa para demandar proteção possessória, pois seu contrato decorre de mera detenção. No sentido do texto, o art. 1.208 do CC vai dizer que: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

A legitimidade passiva recai sobre quem pratica o ato de moléstia contra a posse. Num panorama privatista, a identificação e a citação dos réus não apresentam problemas de ordem processual, pois se limitam ao indivíduo ou a um pequeno grupo de pessoas, em

típico caso de litisconsórcio. Todavia, a realidade contemporânea retrata um cenário diverso, no qual invasões coletivas desafiam nova resposta processual e de certa maneira conferem a tônica desse rito especial. Por essa razão, destacamos aqui as lições de Humberto Theodoro Junior, para quem:

> De tempos para cá, o país tem assistido à prática cada vez mais recorrente de invasões e ocupações coletivas de prédios urbanos e rústicos, às vezes em movimentos espontâneos, e muitas vezes em ocupações orquestradas por instituições organizadas à margem da legalidade, com o notório propósito de ocupar imóveis particulares. O esbulho coletivo, por ser "explicado" como suposto remédio para reparar carências sociais, não é menos ilícito e preocupante do que aqueles praticados individualmente.[291]

Em qualquer de suas dimensões, individual ou coletiva, o esbulho demanda proteção jurídica. A disponibilização de meios adequados, entretanto, não se encerra no art. 1.210 do diploma civil, mas se estende ao processo por consequência da isonomia material. Vejamos, então, por quais vias procedimentais se pode obter a proteção possessória, apresentadas pelo interesse de agir.

27.7 INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir, notoriamente, requer interesse e adequação. Se o interesse se justifica pela moléstia ou ameaça, a escolha da via adequada considera a relação entre a circunstância fática da agressão e a espécie do provimento judicial. Nosso ordenamento compreende três interditos possessórios: reintegração de posse, manutenção e interdito proibitório.

Os interditos são definidos pela demanda, que deduz em juízo uma das três pretensões. Em qualquer delas, o rito procedimental se presta exclusivamente à proteção da posse. Contudo, outras demandas há, em nosso Código, que almejam a tutela possessória, sem exclusividade. É o caso da nunciação de obra nova e dos

embargos de terceiro. Por essa via procedimental, atrelam-se outros pedidos em juízo, em cumulação objetiva que afasta unicidade do caráter possessório.

A diversidade das demandas possessórias é uma decorrência natural da multiplicidade de violações que o caso prático evoca para a avaliação judicial. Por isso, a relação entre a espécie de violação e a adequação do procedimento torna-se requisito de admissibilidade do procedimento, ainda quando a especificidade do rito admita o emprego da fungibilidade.

27.8 REINTEGRAÇÃO

A reintegração é adequada para tutelar a posse de quem tenha sofrido esbulho. Este, por sua vez, é definido como moléstia grave que exclui integralmente a relação do possuidor com a coisa. Perde-se a posse injustamente, pela ação de outrem, que hodiernamente consiste em: violência sobre a coisa, com a finalidade de retirá-la do poder de quem a possua; constrangimento físico ou moral, que implica sério temor diante de violência iminente; e, ainda, abuso de confiança ou da falta de publicidade. Em qualquer desses casos, a perda da posse é total.

27.9 MANUTENÇÃO

A manutenção da posse é destinada ao combate da turbação. Diferente do esbulho, a turbação implica perda parcial da posse, que permanece, com limitações impostas por terceiros. A demanda judicial pode revelar a turbação como violência prévia ou preparatória de uma agressão maior, visando à turbação, ou, mesmo, sinalizar uma perda pontual, tal como acontece quando determinado fazendeiro, sorrateiramente alarga (reposiciona) sua cerca, de sorte a invadir território vizinho.

27.10 PROIBIÇÃO

O interdito proibitório destina-se à proteção possessória nos casos em que o demandado apenas ameaça praticar esbulho ou turbação. Trata-se de tutela preventiva, cuja finalidade é impedir a moléstia da posse. Por ela, o possuidor direto ou indireto, que tenha receio de sofrer a prática de algum ato de moléstia na sua posse, pode demandar em juízo a expedição de mandado proibitório, com a cominação de multa em caso de eventual descumprimento. Dessa forma, assegura-se o possuidor de futuro esbulho ou turbação.

27.11 FUNGIBILIDADE

O esbulho, a turbação e a ameaça são fatos, cujos efeitos podem comprometer os direitos decorrentes da posse. Como o tratamento diferenciado se legitima pela especificidade do caso concreto, a correlação entre a faticidade e o procedimento é inexorável para que o exercício da jurisdição se encerre por uma resposta adequada ao caso concreto. Todavia, eventuais mudanças na conjuntura material deduzida em juízo permitem o emprego da fungibilidade, que nesse caso, permite uma resposta judicial condizente com a gravidade da moléstia, no encerramento da atividade jurisdicional. Dito com linhas mais simples: se a petição inicial, ao deduzir em juízo uma relação afirmada, em que o fato constitutivo do direito recai sobre a manutenção, eventual agravamento da moléstia durante a instrução processual permite que a decisão, em acordo com a dimensão fática desse momento, conduza para a reintegração e não apenas para a manutenção, vez que essa já foi subsumida por violação mais grave. Dessa forma, adequamos a resposta judicial à necessidade do caso.

Nesse sentido, o art. 554 do CPC explica que: “A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a promoção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados”.

27.12 PROCEDIMENTO: FORÇA NOVA E FORÇA VELHA

O tempo é fato de extrema importância na concepção da posse, pois se agrega à sua própria existência e afeta rito dispensado para sua proteção. Essa relação temporal com a dinâmica do procedimento possessório é antiga, e, desde a ordem processual anterior, já registrava o prazo de ano e dia como requisito para a prática de alguns atos processuais. O novo Código de Processo Civil, nesse ponto, renova a tradição jurídica e preserva o referido prazo como condição de possibilidade para a dispensa do rito especial. Ultrapassado esse marco temporal, a tutela se presta pelo rito comum, sem com isso perder seu caráter possessório. Dito de outra maneira: a posse, enquanto fato, não se altera, todavia, a técnica processual empregada para sua proteção, pelo decurso dos dias, deixou de ser especial e tornou-se comum.

O rito especial, na sistemática adotada pelo Código de Processo, permite, para demandas propostas dentro do prazo de ano e dia, decisão judicial liminar *inaudita altera pars*, ou, após uma audiência de justificação, para a qual o réu será citado e convocado a participar. No que pese a celeridade alcançada por provimentos liminares, isto, hoje em dia, não torna nenhum rito especial. Para tanto, basta lembrarmos da tutela urgente de natureza antecipada, que, sendo antecedente, permite pronunciamento liminar de natureza satisfativa. É dizer: a possibilidade de decisões liminares já serviu para qualificar a especialidade do rito, a exemplo do procedimento do mandado de segurança e da própria demanda possessória. Todavia, a adoção, no rito comum, de pronunciamento anterior à entrega da defesa, lhe empresta a mesma possibilidade, e ainda que por lá se estabeleçam requisitos distintivos para a entrega da decisão, ela, por si só, já não serve como elemento de discrímen.

Feitas essas considerações, passamos ao estudo do procedimento especial da proteção possessória, que como se pôde destacar, é empregado sob a limitação de ano e dia, contados do

registro da violação ou da ameaça descritas na exordial, para três situações distintas: o esbulho, a turbação e a ameaça.

27.13 PROCEDIMENTO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

27.13.1 Petição inicial

A petição inicial da demanda possessória não afasta os requisitos gerais, previstos no art. 319, mas lhes agrega outros de natureza específica, como a descrição da existência da posse com seu objeto correlato. Sobre o tema, convém ressaltar que a posse pressupõe, pela teoria objetiva, a detenção de coisas passíveis de apropriação. Por essa razão, afastam-se, da proteção possessória, direitos de natureza obrigacional, e, mesmo, os direitos autorais.

A duração da posse é outra exigência formal de ordem lógica, pois como se procurou elucidar, o tempo, nesse caso, é fato relevante para a composição da posse e para o emprego do rito especial.

Outra especificidade da inicial se traduz pela pretensão, que para a hipótese observa as espécies de violação. Assim, se a alegação deduzida se referir à ameaça, deve o autor sinalizar a continuidade de sua posse e deduzir pretensão de natureza preventiva. Se arguir a ocorrência de perda parcial, deve pretender a manutenção, e, por fim, se alegar perda total da posse, deve buscar a reintegração.

A correta sinalização é importante, vez que a fungibilidade se presta para eventual adequação da resposta judicial, diante de alteração no quadro inicial descrito pela exordial, e não para salvaguardar equívocos de correlação entre o fato e a espécie de proteção pretendida pelo demandante, na abertura da relação processual.

27.13.2 Cumulação de pedidos

A pretensão da demanda possessória reporta-se à reintegração, à manutenção ou ao interdito proibitório. Entretanto, a legislação permite que o autor acrescente, a qualquer deles, pedido pela condenação em perdas e danos, indenização dos frutos, e, ainda, a imposição de medidas adequadas para assegurar a posse, pelo óbice de novo esbulho, turbação ou ameaça.

A cumulação de perdas e danos deve observar uma relação de pertinência com a violência sofrida pelo autor, ainda quando seu aspecto quantitativo seja genérico. Assim, o desenvolvimento da relação processual permite que ao final da atividade cognitiva, a sentença, em eventual caso de condenação do réu, assuma em seu primeiro capítulo a dinâmica da execução da ordem para o restabelecimento ou preservação da posse, e, em seu segundo capítulo, tramite para a satisfação do direito de crédito consubstanciado na condenação por perdas e danos, ou, ainda, siga em liquidação de sentença, pelo rito do art. 509 do Código de Processo Civil.

A cumulação de indenização dos frutos inclui tanto os separados quanto os pendentes, o que autoriza, por exemplo, o ressarcimento do autor, diante de comprovado prejuízo decorrente da violação da posse no recebimento dos aluguéis.

Sobre a mesma justificativa de ordem fática, a petição inicial pode ter pedido para a adoção de medidas necessárias ao cumprimento da tutela provisória ou final.

27.13.3 Citação

A citação dos réus em conflitos de ocupação coletiva, no rito possessório, serve como fator determinante para sua especificidade. O Código de Processo Civil a regula pelo art. 554, que, por razões de toda ordem – social, econômica e política –, traz mudanças significativas diante do rito comum.

Havendo grande número de pessoas no polo passivo, a citação, que também nesse caso é pessoal, deve ser feita por oficial de justiça. Em único comparecimento, o oficial irá até o local indicado pela exordial para cientificar todos aqueles que forem encontrados.

A citação desses demanda qualificação, de sorte que o mandado apresente informações mínimas de identificação dos indivíduos. A recusa em colaborar com a identificação ou mesmo a ausência de qualquer dos envolvidos, é resolvida de forma ficta, pelo aprimoramento da comunicação, que, mediante a peculiaridade do caso, prevê, em ato contínuo, a citação por edital.

Em qualquer das hipóteses acima, sejam as partes citadas por oficial, por edital ou por ambas as modalidades, o Ministério Público deve ser intimado para participar. Se a circunstância fática revelar hipossuficiência econômica dos citandos, o que hodiernamente acontece em demandas organizadas por movimentos sociais, a Defensoria Pública também deve ser comunicada.

Feita a citação e promovida a intimação do MP e da Defensoria, dispõe a legislação que o magistrado empreste ampla publicidade acerca da existência da demanda e de seus respectivos atos processuais, a fim de assegurar a presença do maior número possível de interessados. Dentre as medidas decorrentes desse dever, destacam-se: os anúncios em jornal de grande circulação e em rádios locais, a utilização de cartazes no local do conflito, dentre outras.

Se o litígio coletivo pela posse, afirmado na inicial, tiver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz designará audiência de mediação, a realizar-se no prazo de trinta dias. Com isso, o rito dispensado para a tutela possessória, mesmo diante dos aspectos coletivos, segue o rito comum, nos termos do art. 334.

Para essa audiência de mediação, é sempre intimado o Ministério Público. A Defensoria será intimada se qualquer dos demandados for beneficiário da assistência judiciária gratuita. Já os responsáveis pela política urbana, nas esferas federal, estadual e municipal, onde se situe a área objeto da tutela possessória, poderão ser intimados para a audiência, a fim de manifestar interesse no processo e apresentar alternativas para a solução do conflito possessório.

Tratando-se, entretanto, de demanda possessória cuja legitimidade passiva recaia sobre litígio individual ou provoque a

formação de litisconsórcio comum, a citação segue as regras do procedimento comum.

27.13.4 Medida liminar

O rito possessório de força nova, cuja demanda respeita o prazo de ano e dia, e observa os requisitos formais – gerais e específicos –, autoriza a expedição de mandado liminar, *inaudita altera pars*, para a manutenção ou reintegração. Do contrário, convoca-se o réu, pela citação, para audiência prévia, na qual o autor justificará suas razões.

A exceção se faz pela presença das pessoas jurídicas de direito público no polo passivo, pois, nesse caso, o mandado de reintegração ou manutenção não é deferido sem a prévia audiência de seus representantes judiciais, ainda que a demanda seja regular e atente para o prazo legal.

Havendo audiência de justificação, a medida judicial será deferida se a argumentação for suficiente para formar o convencimento judicial. Observa-se, em função da oportunidade, que mesmo após eventual audiência, o pronunciamento judicial permanece liminar, vez que a apresentação da defesa ainda não ocorreu, e esse é o termo da fase inicial do processo.

Muito embora a concessão da medida liminar, no rito possessório, demande evidência na observância do prazo, a prática forense, habitualmente, apresenta petições iniciais instruídas por títulos de domínio ou declarações de terceiros. Nada disso, entretanto, cumpre a exigência do art. 562, que reclama, por sua vez, devida instrução da exordial na demonstração da tempestividade. É dizer: o prazo de ano e dia não se relaciona com o direito material de propriedade nem, tampouco, pode ser comprovado, preliminarmente, por declarações, ainda quando tomadas por tabelião. Por essa razão, nesses casos, deve-se indeferir o pedido da medida liminar.

Frustrada a demonstração da força nova, a tutela da posse seguirá pelo rito comum, em que será possível requerer a

concessão da tutela provisória, desta vez, em decorrência de outro fato: a urgência característica da medida antecipada.

Deferida a proteção possessória sem a audiência de justificação, o autor deve promover a citação do réu nos cinco dias subsequentes, a fim de lhe assegurar a possibilidade de resposta, no prazo de quinze dias. Se a demanda, por sua vez, reclamar a prática da audiência, seja por insuficiência da argumentação ou por determinação legal, o prazo para a contestação será contado a partir do encerramento.

Deve-se ainda considerar, em função da natureza dúplice da demanda possessória, que a contestação, por si, afasta, nesses casos, a necessidade de reconvenção e pode, em decorrência da pretensão deduzida contra o autor, admitir, nessa relação processual, decisão liminar a favor do réu. Essa possibilidade reclama a análise de, ao menos, duas hipóteses.

A primeira ocorre quando o pronunciamento liminar, de natureza interlocutória, é deferido a favor do autor na presença ou após a citação do réu. Nesse caso, a resposta seguirá pela via recursal, em prazo de quinze dias, e se submete a requisitos de admissibilidade específicos, cujo estudo se dá em momento oportuno deste curso.

A segunda intercorrência pressupõe que a liminar tenha sido concedida *inaudita altera pars.* Sendo assim, a citação disponibiliza para o demandado duas possibilidades: interpor o agravo, a fim de combater a decisão interlocutória já proferida contra si, diretamente no tribunal, ou, apresentar contestação e pela natureza dúplice da demanda, pedir a reversão da decisão liminar. Para tanto, basta imaginar que, no caso concreto, o réu, em sua defesa, alegue ter sido ele a vítima do esbulho ou da turbação.

27.13.5 Sentença

O procedimento especial estabelecido para tutelar a posse de força nova corre sob as bases do processo de conhecimento. Isso nos informa que a atividade preponderante é cognitiva, ainda quando no módulo processual se pratiquem atos executivos.

Sobre o tema, relembre-se aqui o conceito de sentença, adotado pelo Código de Processo Civil em seu art. 203, que, por sua vez, a compreende como pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nas hipóteses previstas para a resolução e não resolução do mérito, encerra o procedimento comum ou a execução, com ressalvas feitas em alguns procedimentos especiais. No que se refere ao procedimento especial da tutela possessória, a sentença não se afasta dessa delimitação conceitual, e, por essa razão, passamos a considerar seu conteúdo sem ressalvas às disposições gerais.

Se o juízo de admissibilidade do processo for negativo, a decisão será terminativa e formará coisa julgada formal. Nesse rol se enquadram as decisões judiciais de improcedência da medida liminar, por falta de provas sobre o fato constitutivo do direito do autor: a posse.[292]

A insuficiência de provas pode, excepcionalmente, conduzir à decisão terminativa, por clara disposição legal. Assim, por exemplo, o indeferimento do pedido, pela não comprovação do fato constitutivo do direito afirmado na demanda, implica apenas coisa julgada formal, na ação civil pública, na ação popular e na ação coletiva de consumo. Essa possibilidade, contudo, não se afirma nas demandas possessórias.

27.14 INTERDITO PROIBITÓRIO

O interdito proibitório se diferencia da reintegração e da manutenção, desde o início. A pretensão deduzida, nesse caso, pressupõe ausência de lesão e assume caráter preventivo. Trata-se, em verdade, de tutela inibitória, o que não afasta a natureza condenatória da sentença.

Ajuizada a demanda pelo interdito proibitório, o juízo de admissibilidade positivo conduz a avaliação da probabilidade de existência do direito afirmado na exordial. Vencidas as exigências da cognição sumária, a decisão judicial concederá medida liminar, *inaudita altera pars*, para impor, ao demandado, abstenção de

qualquer ato que implique moléstia à posse, sob pena de pagar multa pelo descumprimento.

A efetivação do direito, nesse caso, conta com medidas coercitivas para que o réu cumpra voluntariamente o seu dever. Todavia, se a realidade comprovar o descumprimento da decisão, pela ocorrência da turbação ou do esbulho, o juiz determinará, com respaldo na fungibilidade, a expedição de mandado de manutenção ou reintegração.

O respeito à especificidade da causa, ao que se procura demonstrar, permite que o pronunciamento judicial considere o grau de violência praticado ao final da instrução e, por esse motivo, legitima resposta diversa daquela, deduzida na inicial. Isso, entretanto, não elide a cobrança da multa, devida pelo descumprimento da ordem. Ao revés, é exatamente o descumprimento que caracteriza o fato de incidência da multa.

Pode ainda, o demandante, deduzir pretensão de perdas e danos, se comprovar que a moléstia praticada por descumprimento da sentença cominatória lhe trará prejuízos. Para tanto, admite-se a cumulação de pedidos na exordial ou mediante processo autônomo. Ademais, segue-se o rito estabelecido para os demais interditos possessórios.

[287] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3, p. 405.

[288] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3, p. 407.

[289] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II, p. 109.

[290] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.

[291] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II, p. 118.

[292] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II, p. 124.



28.1 INTRODUÇÃO

Sem desconsiderar sua origem romana,[293] é possível acompanhar o registro de disposições processuais sobre demandas divisórias e demarcatórias já no Código revogado, que, entre os arts. 946 e 981, tratava do tema em três seções. Por lá, a ação de demarcação cabia ao proprietário que pretendesse obrigar seu confinante a estremar os respectivos prédios, aviventando limites já apagados, ou, mesmo, fixando novos limites entre eles. A ação de divisão, por sua vez, caberia ao condômino, para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum.

Em ambas as hipóteses, os ritos diferenciados se justificam pelo direito material, cujas bases estão no Código Civil de 2002, que afirma em seu art. 1.320: “A todo tempo será lícito ao condômino exigir divisão da coisa comum”. E em seu art. 1.297, evidencia, dentre os poderes do dono, a possibilidade de obrar seu confinante a fixar linha lindeira, para demarcar os prédios vizinhos.

Certo de que o novo Código de Processo Civil renova o compromisso da isonomia material, torna-se mais fácil compreender os motivos da manutenção de alguns procedimentos específicos, e mesmo de seu aprimoramento técnico. Vejamos, então, sob a luz da

tradição histórica e da influência constitucional para a tutela adequada, as disposições atuais para a efetivação desses direitos.

A leitura das disposições gerais, apresentadas entre os arts. 569 e 573 do Código de Processo Civil, traz uma alteração na finalidade perseguida pela ação de divisão, que antigamente se justificava sob coisa comum e, agora, se afirma para estremar quinhões.

A nova redação se justifica, pois, como bem observa Humberto Theodoro Junior,[294] nem sempre a coisa comum decorre de partilha. Para tanto, basta imaginar bem indivisível sobre o qual se constitua um condomínio. Nesse caso, a extinção se efetiva sobre o valor auferido pela venda judicial, e não por meio da divisão de quinhões, o que revela uma sensível diferença entre a divisão geodésica e a divisão econômica.

Na esteira do aprimoramento técnico, o Código de Processo Civil disponibiliza duas inovações: a demarcação e a divisão por escritura pública, desde que as partes sejam maiores, capazes e concordes; e a dispensa de prova pericial sobre a demarcação dos limites, quando a georreferência do imóvel estiver averbada no registro competente.

Essas ações, como se procurou demonstrar, afirmam direitos cuja proteção e efetivação não se alcançam pela via ordinária e, por essa razão, ainda hoje, reclamam o emprego de uma técnica diferenciada. Isso, entretanto, refere-se apenas aos proprietários de bens imóveis, o que evidentemente afeta os requisitos de admissibilidade do processo, na ordem da legitimidade ativa.

Outra restrição decorre do fato de termos, no Código, regulamentação procedimental apenas para terras particulares, já que para terras devolutas, aplica-se a Lei 6.383/1976.

28.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

28.2.1 Legitimidade

A legitimidade ativa para a ação demarcatória é do proprietário do imóvel, que como se pôde destacar, titulariza, ao menos em tese,

o direito material firmado em juízo.

A circunstância fática, nesse caso, em que se busca demarcar a propriedade de imóveis vizinhos, torna evidente que a demanda pode ser proposta por qualquer deles. É dizer: o autor será aquele que primeiro deduzir a pretensão demarcatória em juízo, e réu, aquele em face de quem se deduz tal pretensão. Pela mesma razão, pode-se ainda concluir pela natureza dúplice da demanda, de sorte que a coonestação do réu sobre as indicações da inicial, por si, já traduz uma nova proposta demarcatória para a propriedade.

Em sede doutrinária, defende-se a ampliação da legitimidade ativa, de sorte a incluir quem exerça a faculdade de gozo sobre a coisa. A questão é relevante, vez que o legislador, referindo-se ao proprietário, não distingue o desmembramento do domínio, o que não permite contemplar o proprietário pleno e o ilimitado. Nessa linha de raciocínio, portanto, o enfiteuta, enquanto partícipe do direito de propriedade, deve ter assegurada a possibilidade de demandar em juízo uma resposta judicial sobre a demarcação do imóvel. Os demais titulares de direitos reais sobre coisas alheias poderiam intervir como assistentes, já que as faculdades de uso, gozo e retenção não os colocariam na condição de partícipes do domínio.

Embora respeite posicionamentos contrários, sigo, nesse tema, uma vertente mais ampla sobre a legitimidade ativa, a fim de disponibilizar o procedimento especial também para aqueles que exercem as faculdades de uso e gozo do imóvel. Assim, asseguramos que eventual confusão sobre os limites possa lhes prejudicar o exercício dessas faculdades.

Essa correlação entre a legitimidade ativa e o exercício seguro das faculdades inerentes à propriedade, advirta-se, não contempla o credor pignoratício, que se limita à sequela, pela ordem preferencial na satisfação do direito de crédito, e, por sua vez, não apresenta, em tese, possibilidade de violação desse direito, por confusão acerca dos limites do imóvel. Todavia, o caso concreto pode sinalizar prévia relação entre os limites territoriais e seu valor econômico, com resultado imediato sobre a garantia real da

hipoteca. Nesse caso, entendo que, pelas mesmas razões, pode-se sustentar a legitimidade ativa.

Devemos também considerar a hipótese da ação proposta por qualquer dos coproprietários de imóvel lindeiro. Se a propriedade for exclusiva, não há problemas em se determinar a legitimidade ativa ou passiva, que, nesse caso, observa o direito de propriedade dos imóveis confinantes. Entretanto, caso exista condomínio sobre o imóvel do demandante, por expressa disposição legal, concluímos pela legitimidade ativa concorrente de qualquer dos condôminos, para demandar em juízo a demarcação, caso em que registramos um litisconsórcio facultativo. Do contrário, demandando, sozinho, a demarcação de imóvel comum, os demais condôminos são intimados para, querendo, intervir no processo. Não se fala em intimação, o que nos permite concluir pela superação da tese de litisconsórcio passivo, e concluir pela participação dos demais, na condição de terceiros juridicamente interessados, como assistentes litisconsorciais do autor.

A legitimidade passiva recai sobre o confinante do imóvel objeto da demarcação. A disposição expressa pelo art. 569 permite contemplar não apenas o proprietário do imóvel vizinho, mas também o possuidor que atua em nome próprio, como um proprietário presumido. Assim, eventual confusão ou dúvida acerca dos limites, ao tempo que se associa à propriedade para a determinação da pertinência subjetiva na propositura da demanda, considera, no polo passivo, a dificuldade do autor em saber da existência de domínio em favor do réu.

Ao tempo em que essa ampliação da legitimidade passiva favorece o juízo de admissibilidade do processo, de outro, cria eventual obstáculo sobre os efeitos da decisão, que como se pôde registrar em linhas anteriores, não deve prejudicar ou beneficiar terceiros. Dito de maneira mais simples: proposta a demanda contra o possuidor do imóvel vizinho, para a demarcação, seu real proprietário, não sendo citado para comparecer em juízo e apresentar defesa, pode furtar-se aos efeitos da decisão, o que evidentemente prejudica a finalidade da demarcação. Por essa razão, entendemos, que, diante de dúvida sobre a posse e a

propriedade, o autor deve promover a citação de ambos, considerando, para tanto, a informação lançada no registro de imóveis para identificar todos os legitimados passivos.

Já na demanda cuja finalidade consiste na divisão de terras particulares, a fim de extinguir condomínio sobre determinado imóvel, e formar prédios menores, pela adjudicação da área respectiva a cada um dos coproprietários, a legitimidade ativa recai sobre qualquer dos condôminos, sendo legitimados passivos todos os demais proprietários do imóvel cujo autor pretende dividir.

Por tratar-se de ação de natureza real imobiliária, tanto a demarcação quanto a divisão demandam a citação do respectivo cônjuge, se qualquer dos demandados for casado.

28.3 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DEMARCATÓRIA

28.3.1 Petição inicial

A petição inicial, nas demandas por demarcação, além dos requisitos tradicionais, deve ser instruída com os respectivos títulos de propriedade ou outro direito sobre o imóvel, consoante o entendimento mais amplo acerca da legitimidade ativa.

Por expressa disposição legal, o autor deve designar o imóvel, pela situação e denominação, e descrever os limites a serem aviventados, renovados ou construídos. Em decorrência da legitimidade passiva, que em linhas anteriores se apresentou como requisito de admissibilidade do processo, o autor deve nomear os proprietários (diretos e/ou presumidos) dos imóveis confinantes da linha demarcada ou por demarcar.

Admite-se cumulação das pretensões divisórias e demarcatórias, que, por razões de ordem lógica, analisa preliminarmente a demarcação total ou parcial da coisa comum.

28.3.2 Citação

A citação deve ser feita apenas ao confinante da linha demarcada. Os demais, ainda que vizinhos do autor, se não têm suas propriedades tangenciadas pela linha demarcada, devem ser dispensados da demanda, por ausência de pertinência subjetiva com o direito afirmado em juízo.

A legislação revogada, ao tratar da citação dos réus, estabelecia a comunicação pessoal para os confinantes que residissem na mesma comarca, e, a citação ficta, por edital, para os que residissem em comarca distinta. Isso, em nosso entendimento, fragilizava o contraditório, por autorizar a citação ficta, editalícia, mesmo diante de informação precisa sobre a localização do demandado. Um exemplo pode evidenciar a incompatibilidade do procedimento com a perspectiva constitucional. Para tanto, vamos imaginar que o proprietário da área confinante, aqui representada por uma fazenda, na cidade de Amargosa, resida na capital. Nesse caso, a demanda demarcatória implicaria citação editalícia, mesmo considerando a localização precisa do réu. É dizer, com linhas mais claras: opta-se por uma citação ficta, quando se pode, perfeitamente, praticar o ato com certeza da comunicação, seja pelo correio, pela expedição de carta com aviso de recebimento, ou, mesmo, por oficial de justiça, mediante a comunicação processual entre os juízos.

Em clara demonstração de aprimoramento técnico na comunicação dos atos processuais, determina o novo Código de Processo Civil que a citação aconteça, sempre que possível, de forma pessoal, observando, contudo, a via postal. Desta forma, a citação por edital fica reservada para as hipóteses em que as demais formas de citação sejam infrutíferas, como acontece diante de dúvida sobre a localização do demandado.

28.3.3 Contestação

Citado, o réu pode assumir três comportamentos: não comparecer; comparecer em juízo, mas não contestar; e, ainda, ingressar no processo e contestar a demanda.

A ausência do demandado, ou seu comparecimento, desprovido da respectiva contestação, implica revelia. Isso, entretanto, em função da natureza do direito afirmado na demanda, não autoriza a produção do efeito material. Elide-se, com isso, a presunção de veracidade sobre os limites demarcatórios indicados na exordial e, por essa razão, segue-se com a instrução, para a produção de prova pericial, a fim de levantar o traçado da linha demarcanda.

A contestação, por sua vez, concentra questões preliminares, relativas ao juízo de admissibilidade e ao mérito. Dentre as questões afetas à admissibilidade, encontram-se as matérias já examinadas em linhas anteriores deste curso, tais como os pressupostos processuais. Assim, por exemplo, negando-se a condição de proprietário do autor, nega-se, com isso, sua legitimidade ativa para a propositura da demanda, o que acarretaria extinção sem resolução do mérito, pela irregularidade na formação da relação processual.

Versando sobre o mérito, a contestação apresenta defesa direta e indireta. A primeira delas nega a existência do direito do autor, que, nesse caso, consiste em inocorrência de dúvida sobre os limites ou confusão entre os imóveis confinantes. A segunda, indireta, embora não oponha resistência à pretensão divisória, traz, por exemplo, afirmação diversa sobre a descrição dos limites.

Sem olvidar das lições apresentadas pela parte geral, sobre o prazo em dobro diante de representação distinta para os litisconsortes, o procedimento especial, nesse caso, estabelece prazo comum de quinze dias para a apresentação da defesa, cujo termo inicial decorre da última citação.

28.3.4 Prova pericial

Findo o prazo de resposta, determina o Código de Processo Civil, em seu art. 578, que a prática dos demais atos observe o rito comum, com destaque para a produção da prova pericial, que nessa instrução, é necessária e prévia à decisão judicial, ainda quando se constate a revelia.

Com linhas mais simples, podemos concluir que a produção da prova pericial é condição de possibilidade para a legitimidade da conclusão judicial, devendo ser produzida de ofício, diante do não requerimento das partes. Entretanto, se o caso concreto demonstrar o georreferenciamento do imóvel, pela averbação no respectivo registro, poderá o magistrado, diante de prova documental com gozo de pretensão sobre a declaração e o conteúdo, dispensar a produção da prova técnica e de imediato proferir sentença. A dispensa da perícia, contudo, não decorre imediatamente, devendo-se apurar, no georreferenciamento, se as informações presentes são suficientes para elucidar a dúvida ou resolver a controvérsia entre os litigantes.

Mantida a produção da prova pericial, sinaliza o art. 580 que o resultado consistirá em laudo minucioso sobre o traçado da linha demarcanda. Para tanto, consideram-se os títulos, os marcos, os rumos, a fama da vizinhança, ou quaisquer outros elementos que possam auxiliar no levantamento pericial.

Apresentado o laudo, por consequência natural do rito comum, deve-se garantir às partes prazo de quinze dias para manifestação, com a possibilidade de essas se valerem de assistentes técnicos. Decorrido o prazo sem impugnação, ou com esclarecimento dos pontos aventados por ela, o juiz proferirá a sentença do caso.

28.3.5 Sentença

Já se pôde registrar, nesse rito especial, a presença de duas fases distintas: a primeira delas, concebida para verificar a ocorrência dos fatos e a existência do direito afirmado na inicial; já a segunda fase, decorrente da procedência do pedido, se destaca pela busca de efetivação do direito, reconhecido em momento anterior, acerca da demarcação. Vejamos, a seguir, as espécies de pronunciamentos e suas consequências para a relação processual.

O juízo de admissibilidade negativo conduz à sentença terminativa, que, por sua vez, encerra o processo ainda na primeira fase. Se o juízo de admissibilidade for positivo e passarmos ao exame do mérito, a decisão judicial pode julgá-lo improcedente,

caso em que o exercício da jurisdição também se encerra na primeira fase. Já se o pronunciamento sobre o mérito for parcial ou total, instaura-se uma segunda fase do procedimento.

Sob essa conjectura, quando julgado procedente o pedido, a decisão judicial se reporta à linha demarcanda, que encerra a primeira fase e reserva, para a segunda etapa do procedimento, a implementação dos marcos ou o avivamento dos limites.

O resultado da instrução probatória reflete, de certa forma, a natureza da sentença. Assim, se a procedência do pedido decorrer do acordo entre as partes, assume conteúdo declaratório. Se, entretanto, se sustentar no resultado da prova pericial, por exemplo, trará em seu conteúdo, teor constitutivo.

Em decorrência do atual conceito de sentença, cujas características de conteúdo, indicadas pelos arts. 485 e 487, se associam à capacidade para encerrar módulos processuais ou o processo de execução, podemos concluir que a segunda fase se encerra pela mesma espécie de decisão. Certos de que a primeira fase se encerra por sentença – terminativa, declaratória ou constitutiva –, vejamos as disposições procedimentais de uma eventual segunda fase, executiva.

28.3.6 Fase executiva

Já se disse que o procedimento especial da divisão de terras particulares se realiza em processo de conhecimento, cuja atividade preponderante é cognitiva. A estrutura sincrética do rito nos apresenta uma primeira fase, que concentra, na atividade probatória, informações para que o magistrado possa reconhecer a existência do direito afirmado e eventualmente afirmar, por sentença, os limites da linha demarcanda.

A decisão judicial, nessa etapa, deve resolver todas as dúvidas e superar as defesas diretas e indiretas aventadas contra o processo e contra o mérito. Assim, o trânsito em julgado da sentença dispensa para a próxima fase, executiva, apenas as questões referentes ao cumprimento dos atos necessários à colocação dos marcos no imóvel.

No sentido do texto, o art. 582 sinaliza que: “Transitada em julgado a sentença o perito efetuará a demarcação e colocará os marcos necessários. Todas as operações serão consignadas em planta e memorial descritivo com as referências convenientes para a identificação, em qualquer tempo, dos pontos assinalados, observada a legislação especial que dispõe sobre a identificação do imóvel rural”.

Destacam-se, no artigo, duas alterações, diante do Código revogado: a atribuição do perito de colocar os marcos, exercendo função antes atribuída ao agrimensor; e, a ordem para que as operações descritas na planta e no memorial observem a legislação especial do imóvel rural.

A segunda fase, portanto, destina-se à execução de tarefa complementar e necessária para a efetivação do direito material. Nessa etapa do procedimento, a definição contida na sentença alcança o mundo dos fatos e impõe alteração concreta na realidade geográfica.

Para tanto, observam-se as lições do contraditório e da segurança jurídica. Por isso, concluído o trabalho de campo pelos peritos, o relatório é juntado aos autos, para manifestação das partes, após intimação, pelo prazo comum de quinze dias. Havendo reclamação de qualquer das partes, caberá ao magistrado avaliar os limites objetivos da queixa, que, em respeito à coisa julgada, deve ater-se ao relatório, e, ainda, considerar a razoabilidade da dúvida sobre o conteúdo do relatório.

Sendo plausíveis as dúvidas levantadas sobre o resultado da atividade pericial, adotar-se-ão as diligências pertinentes, para em momento posterior ser lavrado o auto de demarcação, que, assim como o memorial descritivo e o auto de demarcação, é indispensável para a regularidade do procedimento.

Ao final, na assinatura do auto pelo juiz e pelos demais peritos, profere-se novo pronunciamento judicial, no encerramento da segunda fase, que, pela mesma razão anterior, diante da aptidão para concluir fase processual, caracteriza-se por sentença, dessa vez, homologatória.

28.4 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DIVISÓRIA

A ação divisória tem por finalidade extinguir, por determinação judicial, situação de condomínio sobre coisas móveis ou imóveis. Todavia, por determinação legislativa, o rito especial, nesse caso, destina-se apenas à divisão de terras particulares, o que limita o emprego da técnica procedimental ao domínio privado, sem, no entanto, deixar de reconhecer às demais possibilidades de demandas divisórias, caminhos específicos, em leis extravagantes.

Sua natureza real imobiliária evoca as diretrizes do art. 47, definindo a competência do juízo pelo foro de situação da coisa. Tratando de terras cuja extensão perpasse o limite territorial de uma determinada comarca, abrangendo, por exemplo, divisas em municípios vizinhos, a identificação do juízo competente segue as regras da parte geral, determinando-se, por prevento, o juízo que primeiro conhecer do pedido divisório.

Repete-se, nessa relação processual, a estrutura cognitivo-executiva da ação divisória, de sorte que a primeira fase se destaca pela certificação do direito, ao tempo que a segunda fase assume natureza executiva, para efetivar possível decisão judicial sobre o mérito.

28.4.1 Petição inicial

A petição inicial da demanda divisória não se afasta dos requisitos gerais, contudo, observa disposições específicas quanto à prova documental, consubstanciada no título de domínio, que, por razões evidentes, deve acompanhar a exordial.

Ainda em função da peculiaridade da causa, o demandante deve indicar a origem da comunhão e a denominação, a situação atual, os respectivos limites e as características do imóvel.

Quanto à qualificação das partes, ressalta-se a necessidade de indicar, além do nome, estado civil, profissão e residência de todos os condôminos, a especificação daqueles estabelecidos no imóvel com benfeitorias e culturas, e a indicação das benfeitorias comuns.

28.4.2 Citação

A prática da citação, na ação divisória, tem a mesma dinâmica empregada para a ação demarcatória. Por essa razão, também aqui se aplica, na eventualidade de os réus residirem fora da comarca, o envio de carta com aviso de recebimento. Assegura-se, com isso, que todos os condôminos sejam citados de forma real, em exercício efetivo do contraditório.

28.4.3 Contestação

A cognição, nesse procedimento, contempla, além das questões preliminares e prejudiciais, ampla argumentação acerca do mérito. Na prática, isso permite, destarte, outras alegações: a falta de domínio ou outro direito real, hábil para legitimar a propositura da demanda; o descumprimento de requisitos específicos da demanda divisória, tais como a ausência de título, a prescrição aquisitiva – pelo fim do condomínio – e a existência de cláusula testamentária em sentido contrário à possibilidade de divisão, dentre outras.

Defesas contra o processo, peremptórias, almejam extinção sem resolução do mérito. Dentre os argumentos deduzidos nessa ordem, encontra-se a falta de legitimidade do autor para propor em juízo pretensão divisória e, por essa razão, imputa-se, ao autor, o ônus de demonstrar, por prova documental, já na exordial, a existência de domínio ou outro direito real que autorize o emprego do procedimento.

Seguindo essa linha argumentativa, pode-se afirmar que a falta de interesse de agir, necessidade, apresentada nesta obra como pressuposto processual *lato sensu*, também implica extinção, pela desnecessidade do exercício de jurisdição. Para tanto, basta imaginar que o condomínio tenha sido desfeito em momento anterior ao da propositura da demanda. Sobre o mesmo ponto, na falta de interesse de agir, adequação, pode-se observar sua ausência. Basta cogitar de inicial que deduza apenas a divisão.

Na esteira das defesas contra o processo, dilatórias, despontam os tradicionais exemplos de litispendência, impedimento ou

suspeição. Outro exemplo, específico dessa demanda, decorre da ausência de divisas. Nesse caso, a cumulação é necessária para a adequação do procedimento e, por essa razão, traduz hipótese de dilação processual, vez que o aditamento da exordial conduz à retomada da marcha processual.

A mesma estrutura lógica se apresenta na defesa contra o mérito: direta e indireta. A primeira, como se sabe, nega a existência do fato e/ou suas consequências jurídicas; a segunda, por sua vez, aduz fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dito isso, podemos concluir que a existência de testamento ou cláusula contratual que impede a divisão, não se resolve por sentença terminativa, vez que a apreciação do mérito é feita eminentemente por prova documental, já constituída na fase postulatória, e autoriza decisão de improcedência do pedido, decorrente de sua impossibilidade jurídica.

Se a defesa não aduzir nenhuma questão preliminar ou fizer qualquer argumento de natureza prejudicial ao reconhecimento do direito de dividir a área objeto de condomínio, a primeira fase se encerra pela abreviação da fase instrutória. Dito com outas palavras: a desnecessidade de produção probatória, acerca do direito à divisão, conduz à supressão da audiência de instrução, passando-se, em seguida, à sentença, de cunho declaratório, cujo trânsito em julgado marca o termo final da fase cognitiva.

Se o caso concreto sinalizar a ocorrência de revelia, deve-se observar as hipóteses em que o legislador afasta a produção do efeito material, desautorizando a presunção relativa de veracidade sobre as alegações do autor, o que, em corolário, preserva a possibilidade de produção probatória e a manutenção da primeira fase. São elas: a contestação, por parte de qualquer dos litisconsortes unitários; e, vício da exordial, por ausência de documento que a lei repute ser essencial, o que, nesse caso, coincide com o título de domínio ou outro direito real correlato.

28.4.4 Sentença

A estrutura do procedimento especial dispensado às demandas divisórias concebe, em sua fase cognitiva, duas etapas distintas: a primeira trata dos requisitos de admissibilidade e da existência do direito à divisão; a outra, eventual, se destina ao conhecimento de uma série de pretensões sobre a divisão dos quinhões e o plano de divisão.

A primeira etapa cognitiva se encerra, hodiernamente, por sentença definitiva que certifica a existência do direito do autor. Trata-se de pronunciamento declaratório, que conduz a abertura da etapa seguinte, cuja finalidade precípua recai sobre a realização material da divisão, com a produção de prova pericial e o fim do condomínio.

A certificação do direito, pela declaração, não satisfaz, por si, a pretensão do autor. Por essa razão, estabelecidos os limites e termos da divisão, encerra-se a primeira fase do processo, por sentença condenatória na entrega de coisa certa. Isso, entretanto, pressupõe o levantamento das informações necessárias à divisão do imóvel, sob pena de nulidade da decisão e, por essa razão, seguimos com o estudo da prova pericial.

28.4.5 Prova pericial

Como se pôde observar, a primeira fase se encerra, naturalmente, por sentença de mérito que reconhece a validade da demanda divisória e o respectivo direito do autor de encerrar o condomínio. Tendo sido avaliado, resolvido e coberto pelo manto da coisa julgada, a fase seguinte, executiva, não poderá discuti-la.

A sequência do procedimento divisório apresenta, entretanto, na etapa seguinte, operações técnicas e jurídicas para que se possa determinar, materialmente, os quinhões em que o imóvel comum deve ser dividido, e, por essa razão, preservamos atos cognitivos, consistentes na produção de prova pericial.

As etapas da produção da prova pericial compreendem atos preparatórios, como a verificação dos títulos e a deliberação judicial sobre a partilha; e o trabalho técnico para a medição, formulação da

planta, elaboração do memorial, avaliação e classificação do imóvel e do plano de partilha.

O regramento estabelecido a partir do art. 590 assegura a nomeação de um ou mais peritos para a medição do imóvel e as operações de divisão. Dentre as atividades desenvolvidas, destacam-se: a indicação das vias de comunicação existentes, a construção de benfeitorias com a identificação de seus respectivos valores, sem prejuízo de outras informações relevantes para facilitar a partilha. Por decorrência do contraditório, todos os condôminos serão intimados a apresentar seus títulos, se já não tiverem feito, no prazo de dez dias, quando também poderão formular pedidos sobre seus quinhões. Feitas essas manifestações, o juiz ouvirá as partes em prazo comum de quinze dias. Havendo impugnação sobre os pedidos e/ou títulos de formação dos quinhões, observar-se-á prazo de dez dias para o exercício do contraditório. Do contrário, a ausência de impugnação autoriza a determinação judicial da divisão geodésica.

28.4.6 Fase executiva

A finalidade do procedimento divisório, como se procurou demonstrar, é o encerramento do condomínio. Por isso, a decisão judicial, proferida ao final da segunda etapa da fase cognitiva, não se limita à homologação. Apresenta natureza condenatória, para que os comunheiros adotem determinado comportamento: entregar, reciprocamente uns aos outros, o que lhes fora adjudicado. É dizer: a satisfação concreta do direito, nesse caso, não demanda apenas homologação da divisão, mas a entrega de coisa certa.

Em termos práticos, o cumprimento dessa segunda decisão judicial segue a dinâmica do processo sincrético, que, desde o Código revogado, compreende, num único processo de conhecimento, uma primeira parte cognitiva – necessária para a formulação do título –, e uma segunda – de natureza executiva –, para a satisfação concreta do direito material.

A especificidade da ação divisória, ao final, traduz-se pela cisão da etapa cognitiva, desenvolvida em duas fases. Contudo,

encerrada essa primeira fase, adentramos ao cumprimento de sentença, que reclama, para o caso, imissão na posse.

[293] CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ejea, 1957. p. 252.

[294] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II, p. 156.



29.1 INTRODUÇÃO

A dissolução parcial da sociedade se justifica pelo princípio da preservação da empresa, e representa uma alternativa para a manutenção da atividade empresarial, nas hipóteses de morte, retirada ou exclusão de um sócio.

Sem desconsiderar os relevantes aspectos sociais relacionados à geração de empregos, recolhimento de tributos e circulação de riquezas, observamos que a preservação da sociedade empresária é direito dos sócios remanescentes, regulado entre os arts. 1.028 e 1.032 do Código Civil e, por essa razão, devemos assegurar uma via processual para sua efetivação.

Tratando do tema, o Código de Processo Civil disponibiliza os procedimentos para a dissolução parcial, nos casos em que for possível preservar a sociedade, ou total, quando então se encerram as atividades.

A dissolução total é feita pelo rito comum, até que novo procedimento, específico, seja adotado por lei. Já a dissolução parcial tramita por rito especial, seguindo as diretrizes estabelecidas entre os arts. 599 e 609 do novo diploma processual civil. Por tratarmos, neste volume, dos ritos especiais, os estudos terão em

conta, apenas, os casos em que a saída de um ou mais sócios não põe termo à sociedade.

De início, advertimos para o fato de a legislação atual contrariar jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, entendia ser o rito comum a via adequada para a dissolução parcial. Em tempo de “legalidade conveniente”, registramos que, sobre qualquer entendimento consolidado, à luz do revogado diploma de 1973, devem prevalecer as normas processuais do novo Código. Entendo, sobre isso, que a peculiaridade dos fatos justifica tratamento diferenciado, pois, dentre as especificidades da causa, encontram-se componentes de ordem econômica, com imediatos reflexos sociais.

O procedimento especial é dispensado para a sociedade empresária contratual e para a sociedade simples em relação ao sócio falecido, excluindo aquele que exerceu o direito de recesso ou retirada.

Com base no art. 599, pode-se concluir que a ação de dissolução de sociedade tem ainda, por objeto: apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, ou, somente, a resolução ou apuração de haveres.

A redação empregada pelo legislador permite, claramente, o acúmulo de finalidades da demanda, que, em termos práticos, pode cumular pretensões de resolução e apuração de haveres.

Nesse mesmo dispositivo legal (art. 599), afirma-se também, como finalidade, a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionistas – ou mesmo por um único acionista – que representem ao menos 5% do capital social, que a empresa não pode alcançar os fins a que se propôs.

29.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

29.2.1 Legitimidade

A legitimidade ativa para a propositura da demanda é reconhecida pelo art. 600 do CPC/2015, que contempla, por sua vez: o espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; os sucessores, após a conclusão da partilha do sócio falecido; a própria sociedade, se os sócios remanescentes resistirem ao ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido, desde que esse direito decorra do contrato social; o sócio que tenha exercido o direito de retirada ou recesso, se a alteração contratual não tiver sido formalizada, consensualmente, pelos demais sócios, oficializando a saída, se do exercício do direito tiverem se passado dez dias.

Prevê-se também legitimidade ativa para a própria sociedade demandar a dissolução, nos casos em que a lei não autoriza exclusão extrajudicial, e para o próprio sócio excluído.

Encerrando as indicações, referencia-se o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência tenha chegado ao fim. Nesse caso, deduz-se em juízo pretensão de apuração dos haveres do autor, na sociedade, a serem pagos à quota social titulada por ele.

A legitimidade passiva, por sua vez, recai sobre os sócios remanescentes, a sociedade ou sobre ambos, formando, com isso, litisconsórcio.

A citação conjunta dos sócios e da empresa, pela interpretação judicial, consagrada no Superior Tribunal de Justiça, é necessária para a formação regular da relação processual.

Sobre o tema, o art. 601 preleciona que: “Os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de quinze dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação.” Isso, no entanto, não é tudo, vez que seu parágrafo único excepciona essa disposição, admitindo que a sociedade não seja citada se todos os seus sócios o forem, e adverte que, mesmo assim, ela se sujeitará aos efeitos da decisão e da coisa julgada.

Ao final, sem desmerecer a consolidada jurisprudência nem a opinião abalizada da doutrina, entendo, em sentido diverso, que a leitura integral do texto nos permite concluir pela citação eventual da sociedade, já que sua dispensa se justifica em razão da presença

de todos os sócios remanescentes no processo. Por isso, o litisconsórcio formado não inclui, inexoravelmente, a sociedade, mas observa, necessariamente, a presença de todos os sócios ou de parte deles e da pessoa jurídica. É dizer: a reunião é necessária nas duas circunstâncias, mas não decorre da presença da sociedade.

29.2.2 Interesse de agir

A dissolução parcial da sociedade reclama o exercício da jurisdição em hipóteses específicas, analisadas à luz do interesse de agir-necessidade. São elas: o falecimento do sócio, a exclusão de um determinado sócio, ou, o exercício do direito de o sócio deixar a sociedade.

Segundo a previsão material, ventilada pelo art. 1.028, o falecimento do sócio implica liquidação de sua quota-parte, salvo se o contrato dispuser de modo diferente, se os sócios remanescentes optarem pelo encerramento das atividades, ou, ainda, se houver substituição do sócio falecido mediante a celebração de acordo entre os herdeiros.

A exclusão do sócio não demanda apenas o consenso dos demais sócios, pois reclama a comprovação de conduta contrária aos interesses da sociedade ou qualquer falta de natureza grave, qualificada pela desatenção dos deveres sociais. Nesse caso, a exclusão deve observar, cumulativamente: a prática de atos temerários à continuidade da atividade da empresa; a tipicidade da conduta, com a cominação da exclusão por justa causa; a comunicação do acusado, com o exercício correlato do contraditório e da ampla defesa; a realização de assembleia, convocada especificamente para tratar do tema; e, a deliberação, por maioria representativa de mais da metade do capital social, de sua exclusão.

Aplicam-se também, na seara privada, as garantias do devido processo legal, vez que as referências constitucionais não se afastam da vida privada, em que, muitas vezes, há maior desrespeito de suas tradições, tais como a ciência e a possibilidade de manifestação, a prévia tipicidade para a caracterização da justa

causa, e, mesmo, a fundamentação da decisão que retrate, mesmo que por unanimidade, a medida excepcional de exclusão do sócio.

Deve-se ainda comentar a exclusão decorrente do direito do sócio de se retirar da sociedade, o que, diante do caso concreto, produz consequências distintas. Assim, se a sociedade tiver sido constituída por prazo indeterminado, o sócio dissidente deve comunicar sua intenção com antecedência mínima de sessenta dias. Havendo consenso sobre a sua saída e a conseguinte promoção da alteração contratual, afasta-se a necessidade de exercício jurisdicional. Falta, pois, necessidade para que o direito material se afirme como fato. Sendo a sociedade constituída por prazo determinado, a lei civil, em seu art. 1.029, reclama apenas que a saída seja motivada ou decorra de fato que consubstancie justa causa.

Convém observar, nessa terceira hipótese, que a saída do sócio decorrente do exercício do direito, em sociedades constituídas por tempo determinado, emprega termos convenientemente vagos. Isso, entretanto, não dispensa o sócio da motivação. Dito com outras palavras: somente a peculiaridade do caso é capaz de delimitar o sentido da justa causa ou a plausibilidade dos argumentos evocados para justificar a saída. Afinal, alterações como essa podem comprometer a atividade empresarial e criar embaraços para os sócios remanescentes, com possíveis prejuízos a serem verificados e ressarcidos pela composição dos haveres.

Tratando-se de sociedade anônima de capital fechado, como se disse em linhas anteriores, a demanda pela dissolução parcial e apuração de haveres é permitida por lei, com atenção a requisitos específicos, dispensados pela legitimidade ativa ao acionista ou acionistas com pelo menos 5% do capital social, e a comprovação de que a sociedade não preenche ou alcança o fim a que se destina.

À margem do procedimento especial estabelecido no Código de Processo Civil, a partir do citado art. 599, encontra-se a sociedade comum, cuja eventual dissolução observa as regras do Código Civil entre os arts. 986 e 990, e eventualmente, em caso de demanda judicial, o rito comum.

29.3 PROCEDIMENTO

A regularização da sociedade, pela inscrição de seus atos constitutivos, é fato relevante para a dispensa do rito especial, vez que a sociedade comum, não personificada, rege-se por disposições ordinárias.

Considerando a existência de contrato constitutivo, é provável que esse instrumento sinalize, pela cláusula de eleição de foro, a área territorial dentro da qual o órgão do Poder Judiciário vai exercer as funções jurisdicionais para dissolver parcialmente a sociedade. Constata-se, evidentemente, competência territorial, que, por sua natureza relativa, admite alteração por vontade das partes, e, salvo as exceções previstas em lei, não autoriza o conhecimento de ofício.

29.3.1 Petição inicial

A petição inicial, sem prejuízo dos requisitos gerais estabelecidos pelo art. 319, deve ser instruída com cópia do contrato social, que, nesse caso, representa prova essencial.

A especificidade do procedimento especial permite, em razão do objeto, a cumulação dos pedidos de resolução da sociedade empresarial contratual, a apuração de haveres do sócio falecido, excluído ou que tenha exercido o direito de retirada ou recesso.

29.3.2 Citação

Os sócios remanescentes e a sociedade serão citados para apresentar defesa, no prazo de quinze dias, sob os termos do art. 246, que, por sua vez, prestigia o meio postal como preferência para a prática da comunicação. Resgatando-se informações apresentadas na parte geral do processo, podemos afirmar que a citação da pessoa jurídica é feita na pessoa de quem tenha poderes de gerência ou administração, consagrados no contrato social. Entretanto, essa hipótese admite o emprego da teoria da aparência, consagrando entendimento jurisprudencial que admite o

aperfeiçoamento do ato por intermédio de quem exerça as mesmas funções, sem prévia determinação contratual.

Deve-se ainda registrar que a citação da pessoa jurídica se torna eventual e se impõe, apenas, pela não convocação de todos os sócios, consoante o parágrafo único do art. 601.

29.3.3 Contestação

A demanda pela dissolução parcial da sociedade retrata direito de natureza patrimonial e disponível, que mesmo antes da resposta do réu, admite a prática de audiência de mediação ou mesmo disposições anteriores sobre o rito, as provas e o exercício da jurisdição, previstas em contrato por força do negócio jurídico processual. Convenções dessa ordem devem ser observadas pelos sujeitos da relação processual e podem, inclusive, ser matéria de defesa.

Seguindo a via tradicional, o prazo de resposta pode, ao final, traduzir: o reconhecimento da procedência do pedido; a apresentação de defesas processuais peremptórias ou dilatórias; a defesa de mérito direta, caso em que se negará o direito do autor à dissolução da empresa; a apresentação de pedido contraposto, pelo pagamento de indenização compensável com o valor correspondente aos haveres a apurar; e, ainda, a ausência de contestação que, entre nós, sabidamente caracteriza a revelia.

O rito predeterminado para a dissolução parcial não elide outras modalidades de resposta, a exemplo da reconvenção, que, em situações não tão excepcionais, se justifica pela pretensão dos réus em obter a dissolução total da empresa. Em termos práticos, pode-se concluir que o procedimento especial autoriza, por expressa disposição legal, o pedido contraposto e também a reconvenção, mesmo considerando a concentração de ambas as possibilidades no corpo da contestação.

29.3.4 Sentença

A natureza da decisão judicial pode variar de acordo com as pretensões deduzidas em juízo. Em respeito ao princípio da congruência ou demanda, de início, verificamos estreita correlação entre o mérito e a manifestação judicial, sem com isso desconsiderar as influências da isonomia material e a construção de medidas adequadas. É dizer, com linhas mais simples: a espécie de decisão judicial (interlocutória ou sentença) e seu conteúdo (declaratório, constitutivo ou condenatório), vão depender, em alguma medida, da pretensão deduzida pela exordial e de eventual exercício do direito de defesa, com as possibilidades, admitidas pela natureza dúplice das demandas, da expressa previsão do pedido contraposto ou mesmo da reconvenção. Resta então analisar o caso concreto para identificarmos, concreta e corretamente, a identidade do pronunciamento.

A entrega da contestação impõe, para o restante da dinâmica processual, os atos do rito comum, o que nos autoriza concluir que o encerramento se fará por sentença, atacável pelo respectivo recurso de apelação.

Se a pretensão decorrer da retirada do sócio por tempo indeterminado ou do falecimento de um dos ex-sócios, a decisão judicial sobre o mérito é declaratória, vez que a dissolução decorre de fato anterior, aqui exemplificado pelo óbito ou pelo exercício do direito de retirar-se da empresa.

A cumulação de pedidos consubstanciados pela dissolução e pela apuração dos haveres, a citação dos réus e a entrega do prazo de resposta permitem, consequentemente, manifestação expressa e unânime pelo acolhimento do primeiro pedido, caso em que a vontade das partes torna incontroverso o direito à dissolução, cabendo ao magistrado, em acordo com o art. 603, declará-la e seguir com a liquidação, para que sejam apurados os haveres. Nessa hipótese, a decisão será interlocutória, vez que o pronunciamento judicial homologatório não encerra o módulo processual. O recurso, nesse caso, é o agravo de instrumento.

O final da liquidação, por sua vez, se faz por sentença, que, nos termos legais, se identifica, além do conteúdo, pela aptidão para o

encerramento do módulo processual. Concluindo pela existência de haveres, seu conteúdo será condenatório.

A pretensão de exclusão do sócio, por sua vez, demonstra situação em que a decisão assume conteúdo constitutivo negativo, pois a dissolução parcial, nesse caso, decorre do pronunciamento e não de fato pretérito.

29.4 APURAÇÃO DOS HAVERES

A saída do sócio é fato constitutivo do direito à liquidação de sua quota-parte. Por isso, a declaração de dissolução da sociedade não conclui a atividade jurisdicional, que permanece, agora, com a finalidade de apurar a existência de haveres e, diante deles, garantir o depósito do valor respectivo.

Os termos do art. 604 sinalizam os requisitos desse procedimento, pois estabelecem, para o magistrado: a fixação da data de resolução da sociedade, a definição dos critérios de apuração dos haveres, à vista do disposto no contrato social, e, a nomeação de um perito.

Se a demanda contiver parte já incontroversa acerca do valor, este deve ser depositado de imediato em juízo, que permanecerá à disposição do sócio ou de seus sucessores. Nessa hipótese, entretanto, deve-se ainda considerar eventual cláusula contratual sobre o pagamento dos haveres.

Havendo omissão contratual sobre a eleição dos critérios para a apuração dos haveres, o juiz os definirá, seguindo a redação do art. 606 e seguintes do CPC/2015, que para o caso, elege: “o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”.

Liquidados os haveres do sócio, ter-se-á base fática para fundamentar decisão judicial condenatória ao pagamento do respectivo *quantum*, pelos termos do contrato social, ou, em ausência desses, pelas disposições do art. 1.032 do Código Civil,

que estabelece prazo de até noventa dias para pagamento voluntário. Do contrário, a satisfação concreta do direito de crédito segue as normas do cumprimento de sentença, cujo estudo é feito em momento posterior deste curso.



30.1 INTRODUÇÃO

A morte da pessoa natural, no Direito brasileiro, implica transmissão de bens a sucessores legítimos e testamentários. Essa universalidade, composta pelo patrimônio do autor da herança, deve ser identificada e possivelmente partilhada, se o caso concreto indicar mais de um sucessor. Sobre o tema, dispõe o art. 1.784 do Código Civil que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Diante do direito material, que assegura transmissão da herança, o ordenamento jurídico apresenta, no capítulo dedicado à jurisdição contenciosa, procedimento especial complexo, destinado ao inventário e à partilha dos bens móveis e imóveis, que componham o acervo patrimonial do morto.

A primeira fase consiste na descrição minuciosa dos bens, o que inclui as dívidas e quaisquer direitos de natureza patrimonial. Essa individualização é necessária e prévia ao cumprimento da etapa seguinte, pois assegura, com respeito aos critérios sucessórios do Código Civil, que a herança seja fracionada nas quotas correspondentes. Para isso, instaura-se, em seguida, a segunda

fase. Ela consiste na partilha ou divisão do acervo, entre os sucessores, através da adjudicação dos bens respectivos.

Essa estrutura procedimental, organizada em duas fases, se justifica pelas finalidades de levantamento da extensão patrimonial e definição das quotas pertencentes a cada sucessor. Todavia, o procedimento de inventário e partilha, regulado entre os arts. 610 a 673 do CPC/2015, se presta para resolver casos em que a pretensão deduzida se limita à partilha, à sucessão provisória de bens dos ausentes, ou, ainda, à divisão dos bens comuns, ao final da sociedade familiar.

A complexidade da causa, nessa hipótese, reclama procedimento complexo, firmado em duas fases e destinado à regulamentação subsidiária de situações correlatas ao levantamento e divisão de bens. Entretanto, a legislação processual estabelece, ao lado do rito tradicional de inventário e partilha, uma opção mais simples, pelo arrolamento, cuja previsão se faz entre os arts. 659 e 667 do Código de Processo Civil.

30.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza do procedimento especial de inventário e partilha é controversa, e, por essa razão, seguem, para melhor compreensão, informações sobre o tratamento positivo do tema.

O Código de 1939, por reflexo imediato da isonomia formal, não apresentou grandes variações nos ritos processuais, agregando sob o mesmo capítulo, ritos de jurisdição voluntária e contenciosa.

O avanço das propostas de Estado, já pelo Código de 1973, disciplinou os procedimentos especiais em razão da lide, então compreendida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Assim, foi possível estabelecer ritos de jurisdição voluntária, pela ausência do conflito qualificado, e ritos de jurisdição contenciosa, em que se incluíram, na época, as disposições acerca do inventário e da partilha.

Sem desconsiderar as divergências acadêmicas, propomos, por razões de coerência com as lições do primeiro volume deste curso,

a compreensão da natureza jurídica, não somente pela disposição legislativa, que no atual Código de Processo Civil, repete a inclusão do procedimento no capítulo da jurisdição contenciosa, mas também em razão de termos estabelecido, como premissa para a classificação, que a lide é acidental, que há jurisdição tanto na via contenciosa quanto na voluntária, e que a diferença decorre da pretensão deduzida. Assim, por exemplo, será voluntária a jurisdição exercida para integrar negócio jurídico de direito privado, a exemplo do divórcio consensual. De outro lado, a jurisdição será contenciosa, mesmo que as partes não apresentem resistência, se a pretensão deduzida superar a integração. É esse o caso do inventário, que, diante do Poder Judiciário, reclama provimento para o levantamento e posterior adjudicação dos quinhões aos respectivos sucessores.

Ao final, mesmo que por razões diferentes, chegamos ao mesmo lugar, onde o procedimento do inventário e partilha se faz pela jurisdição contenciosa, com reflexos imediatos para a sentença que resolve as questões debatidas entre os sujeitos da relação processual, tanto na primeira fase, dedicada ao inventário, quanto na segunda, instaurada para a partilha. É dizer: em ambas as etapas, a decisão torna-se imutável e indiscutível.

30.3 INVENTÁRIO NEGATIVO

O inventário dos bens, perseguido na primeira fase do procedimento, pressupõe a existência destes. Todavia, a circunstância fática autoriza pretensões de reconhecimento judicial de que o *de cujus* não deixou herança.

Não há previsão legal do rito no Código de Processo. Isso, entretanto, não elide o reconhecimento de sua existência, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Em decorrência do quanto já se afirmou acerca da superação do procedimento cartesiano para o exercício da jurisdição, do emprego de técnicas positivistas desconectadas da faticidade, e, ainda, do resgate do mundo prático, pelos princípios, é de se deduzir que a

falta de regras específicas para o exercício do direito material, em absoluto, pode lhe suprimir a realização. Por tudo isso, afirmamos a possibilidade de construção da resposta adequada, por meio de ritos procedimentais específicos e correlatos ao caso concreto, o que, em nosso ordenamento processual se alcança, dentre outras formas, pela tradição jurídica, pela percepção democrática e compartilhada dos princípios processuais, e, ainda, pelo necessário constrangimento epistemológico da fundamentação.

Por essas linhas, é correto concluir que a previsão do art. 1.523, I, do CC, ao tempo em que estabelece impedimento para a celebração de novas núpcias para o viúvo ou viúva que tiver filho com o cônjuge falecido, enquanto não promovido o inventário dos bens do casal e a partilha aos herdeiros, autoriza o exercício da jurisdição para que se declare a inexistência de bens, mesmo diante da insuficiência da previsão legislativa. A consequência de eventual desobediência quanto ao impedimento se identifica no art. 1.641 do CC, que impõe o regime da separação de bens.

O inventário negativo, portanto, se impõe pela adequação da tutela e pode seguir por via administrativa, com base na Resolução 35/2007 do CNJ, em seu art. 28, ou, ainda, pela via judicial da jurisdição voluntária.

30.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Seguindo as premissas estabelecidas sobre a natureza jurídica da legitimidade e do interesse de agir, no novo ordenamento processual, estudaremos as peculiaridades da legitimidade para a abertura do inventário e os meios adequados para o alcance das finalidades de levantamento e partilha dos bens, seja pela tradicional via jurisdicional ou pela via administrativa do inventário extrajudicial.

30.4.1 Legitimidade

A legitimidade para o requerimento de inventário e partilha incumbe, primordialmente, a quem esteja na posse e na

administração do espólio. Isso, entretanto, não afasta a legitimidade concorrente de muitas outras pessoas, indicadas pelo art. 616, que reconhece a mesma pertinência: ao cônjuge ou companheiro supérstite; ao herdeiro; ao legatário; ao testamenteiro; ao cessionário do herdeiro ou do legatário; ao credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; ao Ministério Público, se a hipótese envolver pessoa incapaz, nos termos atuais; à Fazenda Pública, se houver interesse; e, ainda, ao administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do cônjuge ou companheiro supérstite ou do autor da herança.

Qualquer das pessoas indicadas pode diretamente provocar a abertura do inventário, vez que a legitimidade é concorrente e não subsidiária. Na prática, isso significa que as pessoas arroladas pelo citado artigo não precisam esperar pela fluência do prazo legal de dois meses, contados da abertura da sucessão, para então atuar no polo ativo da relação processual.

Promovida a identificação dos legitimados e a classificação desse requisito de admissibilidade, devemos observar o comando legal para o exercício da inventariança prevista no art. 617. Por ela, o magistrado nomeará, em ordem de preferência: o cônjuge ou companheiro sobrevivente, se ao tempo da morte existisse convivência; o herdeiro que se encontrar na posse e na administração do espólio; qualquer dos herdeiros; o herdeiro menor, por seu representante legal; o testamenteiro, se a administração do espólio lhe tiver sido confiada ou se toda ela for distribuída em legados; o cessionário do herdeiro ou do legatário; o inventariante judicial; e, ao final, diante da ausência de todas as pessoas mencionadas, pessoa estranha e idônea para o cumprimento dessa função.

O Código de Processo Civil manteve a determinação do prazo para a abertura do inventário, fixando-o em dois meses a contar da abertura da sucessão, todavia, suprimiu a possibilidade de atuação de ofício da magistratura, diante da inércia dos legitimados, o que de certa forma preserva a inércia como característica da jurisdição.

30.4.2 Interesse de agir

Certos de que o interesse de agir observa, ao menos, duas vertentes, necessidade e adequação, e de que a necessidade se justifica pelas razões expostas no estudo do direito material, passamos a considerar os meios adequados para sua realização.

30.5 QUESTÕES DE ALTA INDAGAÇÃO

O inventário é procedimento eminentemente documental, o que implica limitação da matéria objeto de cognição judicial. Por isso, questões que demandem dilação probatória, tais como a produção de perícia ou a oitiva de testemunha, não podem ser resolvidas pelo juízo. No mesmo sentido, excluem-se, da cognição exercida no inventário, questões cuja resolução demanda processo autônomo.

Diante disso, se o caso prático apresentar, em seu curso, demanda de habilitação de novo herdeiro, cuja condição seja comprovada por documento, admitir-se-á o ingresso. Do contrário, se a condição de herdeiro legítimo, tal como a de filho do autor da herança, demandar realização de exames de DNA, a natureza pericial o conduzirá para as vias ordinárias. Lá, após realização da prova e certificação da descendência genética, terá o demandante prova documental, hábil para justificar seu ingresso no inventário.

Pela mesma razão, diante de eventual requerimento sobre a anulabilidade do testamento, deverá o magistrado remeter as partes para as vias ordinárias, a fim de que, por demanda autônoma, se instaure processo de conhecimento para a obtenção de sentença constitutiva, pela invalidação.

Seja pela espécie de prova a ser produzida, seja pela necessidade de processo autônomo, compreende-se o que seja questão de alta indagação, que, por sua vez, fundamenta decisão judicial interlocutória, passível de agravo de instrumento, consoante a disposição do art. 1.015.

Ao final, percebe-se que a necessidade de dilação probatória ou a demanda por processo autônomo tornam o rito especial de inventário e partilha inadequado para a realização do direito

material, que, ao quanto se procurou demonstrar, deve observar uma etapa anterior, pelo rito comum.

Não se pode encerrar o estudo sobre o interesse de agir-adequação, sem considerar a possibilidade do inventário e partilha extrajudicial, que, em nosso entendimento, serve como resposta política para a crescente busca por meios alternativos de resolução de conflito. Certo que a via administrativa não se impõe para as partes, pois serve como opção para a realização dos direitos sem com isso elidir o exercício tradicional de jurisdição estatal. Dito com linhas mais simples: agrega-se (e não se substitui) outra possibilidade para o levantamento de bens e a partilha das quotas. Vejamos então, no tópico seguinte, a disciplina legislativa dessa via administrativa para, em seguida, retomarmos o caminho do novo Código de Processo Civil.

30.6 INVENTÁRIO E PARTILHA PELA VIA ADMINISTRATIVA

O inventário e a partilha, no Brasil, seguiram a via tradicional do processo judicial até o advento da Lei 11.441/2007. Antes dela, o exercício da jurisdição se justificaria, legalmente, mesmo que todos os herdeiros fossem capazes e concordassem previamente com os termos da divisão dos bens.

A ausência de conflito entre as partes do processo despertou reflexões sobre a exigência da atividade judicial, já que a mera celebração do contrato sobre a partilha de bens por instrumento público se prestaria à mesma satisfação do direito material. Pela palavra do Alexandre Câmara, já era possível identificar, com antecedência, algumas razões práticas para a implementação de um procedimento administrativo que permitisse a celebração de um contrato de partilha, por instrumento público, com a dispensa do processo judicial.

Nos termos do autor:

> Muito mais prático seria permitir-se a celebração de contrato de partilha, por instrumento público, dispensando-se a instauração de processo judicial. Solução semelhante poderia ser adotada nos casos em que o autor da herança tenha estabelecido, por testamento, a forma de se efetivar a partilha de todo o seu patrimônio, caso em que se poderia atribuir a um notário o encargo de redigir a escritura da partilha. A atuação do Estado-juiz, ao que me parece, só deveria se dar nos casos em que houvesse conflito real entre os sucessores.[295]

Sobre o tema, dispõe o novo Código de Processo Civil em seu art. 610, § 1º, que: “Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras”.

O inventário e a partilha, nesses casos, são efetuados sem qualquer participação judicial, e a escritura pública, ao final, serve como título para a realização de qualquer registro ou levantamento de valores depositados em instituições financeiras. A medida merece aplausos da comunidade jurídica, pois retira do Judiciário a exclusividade para a realização do procedimento em situações cuja solução pode perfeitamente decorrer do acordo das partes e da idoneidade do título, consubstanciado na escritura, para a consecução das finalidades legais.

30.6.1 Requisitos para a eleição da via administrativa

Muito embora a via notarial não seja imposta ao cidadão, a eleição do rito administrativo reclama, dos sucessores, observância de certos requisitos legais. Com isso, ao tempo que asseguramos a opção pelo procedimento especial, disciplinado entre os arts. 659 e 667, caso em que a partilha consensual dispensa as exigências formais previstas a partir do art. 611, impomos, pela legislação,

requisitos outros, para a utilização do rito administrativo de inventário e partilha.

A primeira exigência se traduz pela necessidade de que todos os interessados sejam maiores e capazes. Nessa mesma condição se encontram os emancipados e as pessoas cuja capacidade de discernimento não afete a aptidão para a prática dos atos correlatos ao consenso sobre a partilha dos bens, do contrário, em acordo com a nova percepção de capacidade civil, a hipótese pode justificar a tomada de decisão compartilhada. Em outras linhas, pode-se então afirmar que, somente a incapacidade específica para os atos negociais na composição do acordo sobre a partilha, elide a possibilidade de eleição pela via administrativa, superando-se, com isso, a incapacidade abstrata para a prática dos atos da vida civil.

A existência de testamento elide a possibilidade da via administrativa, por isso, a sucessão deve ser legítima.

O consenso sobre os termos do inventário é condição de possibilidade para o exercício do procedimento extrajudicial, pois qualquer divergência sobre o tema demandará o exercício da jurisdição. A participação do cônjuge sobrevivente é obrigatória, seja na condição de herdeiro, meeiro ou titular de direito real de habitação.

Se as partes estiverem de acordo sobre os termos da partilha, o que possibilita a eleição do rito administrativo, o comparecimento de todos eles perante o tabelião é exigida. A lei exige assistência do advogado, que, pela presença conjunta, não reclama a outorga de mandato. Não há impedimento para que as partes possam se valer de representante para a prática do ato, desde que lhe tenha outorgado poderes especiais, por instrumento público.

Se o caso concreto apresentar hipossuficiência econômica de uma das partes, dever-se-á garantir a assistência, por parte da Defensoria.

A solenidade estabelecida para o inventário e a partilha extrajudicial foi introduzida em nosso ordenamento pela citada Lei 11.441/2007. Embora sua previsão se estenda aos casos de óbito ocorrido em momento anterior, cumpre observar, por força do

Código Civil, que as regras materiais a respeito da sucessão são aquelas vigentes na data de abertura da sucessão.

Feitas as considerações sobre as exigências legais referentes às partes, passamos a observar os requisitos formais para o recolhimento do imposto e a confecção da escritura.

A via administrativa do inventário e partilha não excepciona a responsabilidade do tabelião para o recolhimento do imposto de transmissão nem o exime de exigir os comprovantes de quitação tributária, relativa aos bens transmitidos. Sem isso, não será possível registrar a transmissão no cartório de imóveis.

O conteúdo da escritura, por sua vez, observa as disposições comuns sobre condomínios, o que, na prática, requer: a identificação dos comunheiros e dos bens comuns; a atribuição do valor do acervo; e, a identificação da quota ideal de cada interessado. Ao final, elabora-se uma folha de pagamento, com a composição de cada quota. Cumpridas as formalidades, a escritura pública servirá como título hábil para o registro.

30.6.2 Regulamentação do CNJ

A Resolução 35, de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, disciplinou a dinâmica do inventário e partilha extrajudicial, servindo de orientação para todos os tabeliães, que, mediante a promulgação da nova lei, passaram a exercer atividades até então reservadas ao Poder Judiciário.

Destacamos, a seguir, em caráter exemplificativo, pontos importantes da Resolução, que, mesmo com a vigência do novo Código de Processo Civil, ainda hoje apresenta as diretrizes para a realização do procedimento.

De início, adverte a Resolução para a possibilidade de livre escolha do tabelião, pelas partes interessadas, vez que as regras de competência se aplicam apenas para a atividade jurisdicional.

Em seguida, assegura-se às partes a possibilidade de escolha entre os procedimentos judicial e extrajudicial, com a ressalva de que o rito processual pode ser suspenso por até trinta dias ou mesmo substituído, quando em curso, pela via administrativa.

A formação do inventário extrajudicial pode ser feita por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes (art. 16).

O(A) companheiro(a) que tenha direito à sucessão é parte, observada a necessidade de acabo judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável (art. 18).

As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura, nomeados e qualificados: nacionalidade; profissão; idade; estado civil; regime de bens; data do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; número do documento de identidade; número de inscrição no CPF/MF; domicílio e residência (art. 20).

A escritura pública de inventário e partilha conterá: a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei (art. 21).

Em seguida, a Resolução apresenta os documentos exigidos na lavratura da escritura. São eles: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos; e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado (art. 22).

Se o caso concreto apresentar apenas um herdeiro com direito à totalidade da herança, maior e capaz, mesmo que a hipótese

reclame decisão assistida, não haverá partilha, devendo-se lavrar a escritura de inventário e adjudicação dos bens.

30.6.3 Execução da partilha

A elaboração da partilha por ato notarial, como se pode deduzir, não se enquadra no conceito de títulos executivos judiciais. Todavia, a escritura pública, porque consubstancia uma obrigação de entregar coisa, de maneira líquida, certa e exigível, atende aos reclames legais para a confecção de título extrajudicial e autoriza, por essa razão, a abertura de eventual processo de execução, nos termos do art. 784, II.

30.7 INVENTÁRIO E PARTILHA JUDICIAL

O procedimento de inventário e partilha judicial, ao que se pôde constatar, tramita sob atividade preponderantemente cognitiva, e limita-se a tratar de questões cuja produção probatória tenha natureza documental.

Seguindo as linhas metodológicas deste curso, passamos ao estudo do rito, que, por diversas ordens, afasta-se das disposições comuns e apresenta uma série de peculiaridades, justificadas em razão da especificidade do direito material.

A experiência demonstrou que, além da especificidade das normas processuais, hoje concebidas, interpretadas e aplicadas em acordo com a tutela adequada, pode-se avançar mais e eleger novos caminhos, também eficientes para a realização dos direitos, que não necessariamente se encerram pelo exercício da jurisdição.

Se já é possível construir a dinâmica da relação processual com muito mais liberdade, por meio do negócio jurídico processual, também é possível ampliar as possibilidades administrativas, sem prejuízo do investimento na especialização da técnica procedimental.

30.7.1 Competência e universalidade do foro

O procedimento judicial, nesse caso, segue as diretrizes da competência internacional exclusiva, o que reserva para a autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, a responsabilidade para processar e julgar o inventário de bens situados no país, mesmo quando o autor da herança tenha nacionalidade diversa, ou tenha fixado domicílio fora dos limites do território nacional.

No sentido do texto, dispõe o art. 48 que: “O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro”.

Há, entretanto, três hipóteses de foro subsidiário, descritas no parágrafo único desse mesmo artigo, que admitem a identificação do órgão competente, por meio da situação da coisa, em mais de um foro, quando os bens estiverem lotados em lugares diferentes, e, ainda, na inexistência de bens imóveis, no foro do local de qualquer dos bens do espólio.

A competência firmada para o inventário e a partilha abrange também a arrecadação, as disposições de última vontade, e, ainda, todas as ações em que o espólio for réu. Isso autoriza, na doutrina, argumentos pela universalidade do foro. Isso, entretanto, não lhe empresta natureza absoluta, pois deixa de contemplar as sanções em que o espólio é autor, as ações reais imobiliárias.

Advirta-se ainda, em função da oportunidade, que a competência universalizante é do foro, que aqui se compreende pela área territorial dentro da qual um determinado órgão do Poder Judiciário exerce jurisdição, e não do juízo. Assim, por exemplo, demandas em que o espólio for autor, como ações de cobrança, devem tramitar na mesma comarca, mas em juízos distintos, pois a hipótese apresenta diversidade de competência para o julgamento das demandas. A primeira seguirá perante o juízo de família e o segundo pelo juízo civil.

30.7.2 Administração da herança

A morte do autor da herança é fato jurídico que hodiernamente provoca dúvidas quanto à titularidade do patrimônio remanescente. Por essa razão, a legislação prevê, entre os arts. 613 e 617, as figuras do administrador provisório e do inventariante.

O administrador representa ativa e passivamente o espólio e exerce, provisoriamente, a posse sobre os bens do *de cujus*, zelando pela massa hereditária, até a abertura do inventário e a nomeação do inventariante.

Essa condição lhe obriga a trazer ao acervo os frutos percebidos durante o lapso temporal entre a abertura da sucessão e a abertura do inventário. De outro lado, o administrador tem o direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis. Sua condição de gestor de bens alheios, por tempo determinado, como se pode deduzir, elide a prática de atos dispositivos sobre os bens do espólio.

Em decorrência do Código Civil, o administrador é reconhecido pela condição de cônjuge ou companheiro do *de cujus*, no momento de abertura da sucessão.

A inexistência de cônjuge ou companheiro desloca, para o herdeiro que exercia a posse e administração dos bens, a condição de administrador. Na esteira dessa linha preferencial, seguem-se, pela impossibilidade da ordem anterior: o testamenteiro, a pessoa de confiança do juiz.

30.7.3 Inventariante

O inventariante é figura indispensável na dinâmica processual do inventário e partilha judicial. Assim como o administrador provisório, a quem substituiu, ele representa o espólio e administra a massa hereditária. Sua nomeação é feita pelo magistrado e se afirma pelo compromisso prestado em juízo, para bem e fielmente desempenhar a função.

A indicação do inventariante segue os critérios objetivos, firmados pelo art. 617, que apresenta a seguinte ordem:

(a) o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
(b) o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;
(c) qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;
(d) o herdeiro menor, por seu representante legal;
(e) o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;
(f) o cessionário do herdeiro ou do legatário;
(g) o inventariante judicial, se houver;
(h) pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

O cumprimento dessa ordem afasta eventuais discricionariedades judiciais, mas não supera eventuais conflitos, surgidos dentro da mesma classe elencada na lei. Para comprovar isso, basta que o caso concreto provoque controvérsia sobre a inexistência do fato posse, por um determinado herdeiro, o que justificaria a assunção da inventariança por qualquer deles.

Incumbe ao inventariante: representar o espólio ativa e passivamente; administrar a massa composta pelos bens; prestar as primeiras e as últimas declarações; exibir em cartório, a qualquer tempo, documentos relacionados ao espólio, para conferência das partes, bem como, juntar aos autos certidão de testamento, se esse existir; trazer à colação os bens recebidos pelo renunciante, herdeiro ausente ou excluído; requerer a declaração de insolvência; e ainda, prestar contas de sua gestão.

A administração da massa hereditária pode reclamar a prática de atos dispositivos, e para tanto, faz-se necessário ouvir os interessados e obter autorização judicial. A mesma dinâmica se justifica nos casos do pagamento de dívidas do espólio ou da realização de transação, em juízo ou fora dele. Por igual motivo, a

contratação de despesas necessárias para a conservação e aprimoramento dos bens do espólio reclama oitiva e autorização, para que se comprovem a relação, a extensão e a pertinência das despesas.

A remoção do inventariante de seu cargo se justifica pelas hipóteses ventiladas no art. 622, a saber: inobservância do prazo legal para prestar as primeiras ou as últimas declarações; não promoção de andamento regular ao inventário; a suscitação de dúvidas infundadas ou a prática de atos meramente protelatórios; a deterioração, dilapidação ou ocorrência de dano aos bens do espólio por sua culpa; a falta de defesa do espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; a inobservância da prestação de contas ou a avaliação de insuficiência do desempenho; e, ainda, a sonegação, ocultação ou desvio de bens do espólio.

As hipóteses de remoção são exemplificativas e podem embasar o requerimento, feito pelas partes, ou mesmo legitimar a atuação de ofício do magistrado, que em decisão fundamentada e submetida ao contraditório, em suas razões, funcionará como espécie de sanção pelo descumprimento do compromisso prestado nos autos, pela boa administração.

Requerida a remoção, o Código de Processo Civil disponibiliza procedimento especial, processado em autos apartados, para a resolução do incidente, cuja regulamentação se faz entre os arts. 623 e 625. O ato decisório, nesse caso, é interlocutório, o que admite, por conseguinte, interposição do recurso de agravo de instrumento.

30.7.4 Procedimento

O procedimento de inventário e partilha compreende duas fases. A primeira se destina ao levantamento dos bens; e, a segunda, à partilha, pela disponibilização das respectivas quotas-partes aos sucessores.

A fase de inventário reclama exercício do poder de ação e inaugura a relação processual, que se desenvolve até a entrega das últimas declarações e a liquidação do imposto de transmissão. A partilha, por sua vez, compõe-se pela petição de quinhões, pela deliberação da partilha e por seu julgamento.

Delineados os atos do procedimento, passamos agora ao seu estudo, pela ordem da apresentação.

30.7.4.1 Petição inicial

A petição inicial, como de costume, inaugura a relação processual. O rito diferenciado se justifica, como todos os demais, pela ocorrência de alguma circunstância fática, que nesse caso se afirma pela morte de alguém.

Muito embora a legislação preveja prazo de dois meses para a abertura do inventário, chegando a lhe indicar prazo de doze meses para a conclusão, a prática forense desconsidera essa referência e apresenta tempo muito superior, tanto para a abertura quanto para o encerramento. Essa realidade, advirta-se, justifica a alteração dos prazos, tanto por determinação judicial direta, quanto por atendimento de requerimento das partes, consoante a redação do art. 611.

À margem dessa constatação, a Fazenda Pública Estadual, mesmo diante da dilação prazal para a abertura do inventário, pode culminar multa, relacionada ao imposto *causa mortis*, em entendimento já consolidado pelo STF.

A exordial deve conter, além do pedido de abertura do inventário, pela instauração do processo: a certidão de óbito do falecido, que, como se procurou demonstrar, é fato jurídico que autoriza o emprego do procedimento especial.

Se o juízo de admissibilidade for positivo, o juiz nomeará o inventariante, para que este assuma o encargo de levantamento dos bens e promoção da partilha.

Diante do compromisso prestado nos autos, as primeiras declarações devem ser apresentadas em até vinte dias, pessoalmente ou por intermédio de advogado, constituído com

poderes especiais. Em acordo com o art. 620, a declaração deve conter:

(a) a qualificação do autor da herança, com a indicação do dia e lugar da abertura da sucessão, bem como a existência de eventual testamento;
(b) a qualificação dos herdeiros, com: nome, estado civil, idade, endereço eletrônico, endereço de residência dos herdeiros, e, havendo cônjuge ou companheiro supérstite, além dos respectivos dados pessoais, o regime de bens do casamento ou da união estável;
(c) qualidade dos herdeiros e o grau de parentesco com o inventariado;
(d) a relação completa e individualizada de todos os bens do espólio, inclusive aqueles que devem ser conferidos à colação, e dos bens alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se: os imóveis, com suas especificações; os móveis, com seus sinais característicos; os semoventes, o dinheiro, as joias, os objetos de ouro e prata e as pedras preciosas, com respectiva menção da qualidade, peso e importância; os títulos de dívida pública, as ações, quotas e títulos de sociedade; as dívidas ativa e passiva; direitos e ações e o valor correspondente de cada um dos bens do espólio.

Destaca-se ainda, pela proposta deste curso, a Súmula 149 do STF, que preleciona: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

30.7.4.2 Citação e impugnação das primeiras declarações

Feitas as primeiras declarações, o juiz determinará a citação do cônjuge ou companheiro; dos herdeiros e dos legatários; do testamenteiro, se houver testamento; e, ainda, do Ministério Público, se o caso envolver incapaz ou ausente. O Código sinaliza que a

convocação dos cônjuges, companheiros, herdeiros e legatários será feita pelo correio, observando o disposto no art. 247, sendo ainda, publicado edital, nos termos do art. 259, III. Assim, a modalidade real de citação, pelo correio, se destina a todos os interessados, quaisquer que sejam os seus domicílios, enquanto a citação por edital destina-se às pessoas desconhecidas, incertas ou com domicílio ignorado.

Concluídas as citações, abre-se vista às partes para que no prazo comum de quinze dias, possam se manifestar sobre o teor das declarações prestadas pelo inventariante, incumbindo-lhes: identificar erros, omissões ou eventual sonegação de bens; reclamar fundamentadamente da nomeação do inventariante, que, como se pôde destacar, segue a ordem prevista na legislação. Quer-se, com essa dinâmica, escrever por muitas mãos a descrição completa e detalhada dos bens e sinalizar, de modo seguro, todos os herdeiros.

Havendo manifestação pela complementação ou correção das declarações, a procedência da impugnação implica retificação. Se o caso concreto apresentar reclamação acerca da nomeação da inventariança, tratar-se-á de substituição. Todavia, verificando que a disputa se faz pela qualidade de herdeiro, deve o magistrado avaliar se a hipótese reduz a instrução probatória à espécie documental – caso em que a resolução se dá nos mesmos autos –, ou se a condição de herdeiro, questionada em juízo, reclama a produção de prova diversa – tal como a de natureza pericial. Nessa circunstância, o rito especial já se mostra incompatível e impõe para o requerente via ordinária para a resolução da controvérsia. Durante essa instrução, dinamizada pelo rito convencional, o magistrado reservará, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

Observa-se também a possibilidade de o terceiro que se julgar preterido, demandar sua admissão, requerendo-a antes da partilha. Ao que se procurou evidenciar, a demanda deve estar acompanhada de prova documental suficiente para, em tese, afirmar a legitimidade do terceiro. Do contrário, a alegação será comprovada pelo citado rito comum.

Promovida a oitiva das partes e resolvidas eventuais impugnações, a Fazenda Pública informará ao juízo, no prazo de quinze dias, após a vista descrita no art. 627, o valor dos bens de raiz, descritos na primeira declaração, em acordo com os dados constantes em seu cadastro imobiliário. É dizer: com o final do levantamento dos bens imóveis, o Poder Público, presentado pela Fazenda, declina o valor patrimonial consubstanciado nessa parte do espólio, para fins de cálculo do imposto devido, cujo estudo é feito logo a seguir.

30.7.4.3 Avaliação e cálculo do imposto

Com o encerramento do prazo para as manifestações dos citados sem qualquer impugnação ou decidida a questão suscitada em sua oposição, o juiz deve nomear avaliador judicial, ou, se a comarca não dispuser de um, a nomeação de um perito para que se prestem as informações acerca da expressão econômica do espólio. Essa avaliação pode ser dispensada se todas as partes concordarem com os valores indicados pelo inventariante, nas primeiras declarações e a Fazenda Pública ratificar as informações.

No cálculo elaborado entram as custas do processo e o imposto de transmissão *causa mortis* sobre imóveis do espólio. O cônjuge supérstite, casado em regime de comunhão de bens vai fazer jus à meação e, por essa razão, não suporta sobre sua parcela patrimonial a incidência do tributo. O imposto é calculado sobre o líquido da herança, que considera, perante o valor dos imóveis, eventuais deduções com o passivo do espólio.

A finalização do cálculo com a respectiva indicação do valor é submetida à apreciação das partes, pelo prazo de quinze dias. Se houver impugnação acerca do resultado do cálculo, o magistrado decidirá de plano a questão e, concluindo pela procedência do requerimento, ordenará a remessa dos autos ao contabilista, com indicação das alterações necessárias. Do contrário, se estiver de acordo com o resultado, autorizará o recolhimento do tributo, em decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento.

30.7.4.4 Colações

Os herdeiros necessários, em princípio, titularizam os mesmos direitos sucessórios, o que lhes confere igualdade na proporção abstrata dos quinhões. A realidade, entretanto, frequentemente apresenta, no rito do inventário e partilha, doações anteriores, feitas de pai para filho, o que caracteriza, para efeitos legais, antecipação de legítima, cujo regramento se encontra no art. 544 do Código Civil.

Tecnicamente, a colação consiste na recomposição ao acervo hereditário, feita por ato judicial de adição dos bens doados antecipadamente, a fim de que se possam equalizar os direitos de todos os herdeiros necessários. A restituição pode ser feita mediante a entrega dos bens doados em vida, se o donatário ainda os possuir e assim desejar, ou se já não os detiver ou preferir mantê-los, pelo acréscimo ao acervo do valor correspondente, que será computado no quinhão do respectivo donatário.

O herdeiro obrigado à colação deve declarar, por termo nos autos ou por petição, os bens que recebeu e, se já não os possuir, deve indicar o respectivo valor. Assim, se a doação não superar o quinhão correspondente, a antecipação da legítima será computada e deduzida, cabendo ao herdeiro o valor remanescente. Do contrário, se a doação exceder ao monte a que o herdeiro tem direito, esse deverá repor o excedente, pela entrega da própria coisa ou seu equivalente em dinheiro.

É importante destacar que os bens conferidos na partilha, assim como as benfeitorias úteis e as acessões que o donatário fez, são calculados ao tempo de abertura da sucessão e não no momento da colação ou da abertura da sucessão.

A renúncia ao direito de herança ou a exclusão do herdeiro não afasta o dever de repor as liberalidades que obteve do doador, desde que haja excesso a repor ao monte.

Se mais de um bem for doado em antecipação, é lícito ao donatário escolher quais serão devolvidos para compor o monte partilhável. Recaindo o excesso sobre bem imóvel que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará a abertura de licitação entre os herdeiros, cabendo preferência ao donatário.

Se a colação não resultar de ato espontâneo do donatário, o inventariante ou qualquer outro herdeiro pode requerer ao juiz que o intime a fazê-lo. Negada a colação ou a necessidade de sua realização, garante-se às partes, no prazo de quinze dias, a possibilidade de manifestação e produção probatória. Ao final decidirá o juiz, nos próprios autos do inventário, o incidente.

O descumprimento da decisão judicial, por força do art. 641, § 1º, implica o sequestro dos bens sujeitos à colação, para o inventário e partilha, ou, diante da inexistência destes, o débito do valor correlato no quinhão do donatário.

30.7.4.5 Pagamento das dívidas

A morte não encerra as obrigações do autor da herança, que, por sua condição não personalíssima, acompanha o patrimônio durante a transferência aos herdeiros e permanece, dentro da extensão patrimonial do espólio.

Por essa razão, torna-se possível obter a satisfação do crédito, antes da partilha, por meio do rito administrativo estabelecido entre os arts. 642 e 646. De início, os credores devem formular petição, distribuída por dependência para o juízo do inventário, com prova documental da existência da dívida, para autuação em apartado.

Em respeito ao contraditório, dar-se-á vista a todos os interessados. Havendo acordo sobre a pretensão deduzida, o juiz declarará habilitado o credor e determinará a separação de dinheiro ou, em sua falta, bens suficientes para o pagamento. A unanimidade do acordo é condição de possibilidade para o procedimento administrativo, vez que a resistência de qualquer dos interessados implica remessa do pedido para as vias ordinárias. Na prática, isso reclama do credor a proposição de demanda autônoma contra o espólio, que, por força do requisito de adequação, consistirá em processo de execução, para as hipóteses de título extrajudicial, ou ação de cobrança, se o credor carecer de título já consubstanciado.

Na esteira desse procedimento, a legislação prevê a adoção de medida cautelar *ex officio*, em defesa do credor, pelos termos do art. 643, parágrafo único: “O juiz mandará, porém, reservar, em poder

do inventariante, bens suficientes para pagar o credor quando a dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação". A natureza cautelar se justifica pela finalidade assecuratória da reserva de bens, que nas mãos do inventariante, preserva a possibilidade de satisfação do crédito, enquanto se desenvolve o processo contencioso de cobrança.

Deferida a habilitação, caberá ao inventariante promover o pagamento em dinheiro, se o espólio dispuser de proventos para isso. Do contrário, os bens separados devem ser alienados conforme as disposições da expropriação do processo de execução por quantia certa.[296]

Deve-se observar que o deferimento da habilitação do crédito confere ao procedimento de inventário uma etapa a mais para sua conclusão, de modo que, somente com a separação dos bens e a consequente quitação do credor, será possível instaurar-se a segunda fase, para a partilha do acervo. Nota-se ainda, em razão da oportunidade, que a separação mencionada diverge da reserva de bens promovida de ofício, pois apresenta natureza satisfativa da pretensão.

30.8 PARTILHA

A partilha já foi definida, em linhas anteriores, como fase do processo de conhecimento, cujo rito especial se destina ao inventário e divisão dos quinhões. Superada a fase do inventário pelo alcance de sua finalidade, ou, desconsiderada, pela desnecessidade do levantamento de bens, o que, por exemplo, se verifica diante de um único herdeiro, proceder-se-á à partilha, para a adjudicação dos bens deixados pelo autor da herança aos seus sucessores.

A legislação brasileira nos permite identificar três modalidades de partilha para a resolução da sucessão hereditária: amigável; judicial; e a partilha em vida, que decorre da vontade do ascendente.

A primeira modalidade de partilha, amigável, resulta de acordo entre todos os sucessores. Isso requer a natural capacidade para a prática do ato negocial e observa as novas diretrizes da decisão assistida para as hipóteses de incapacidade específica que não comprometa o discernimento necessário para a preservação de seus interesses patrimoniais, na divisão do acervo.

Essa modalidade admite por instrumento do acordo: a escritura pública; a redução dos termos nos próprios autos do inventário, caso tenha sido eleita a via judicial; o escrito particular homologado pelo magistrado; e, ainda, a escritura pública resultante da via administrativa, em acordo com as disposições do art. 610 e seguintes do Código de Processo Civil.

A partilha em vida se verifica quando o ascendente, por regular ato de gestão do seu patrimônio ou por ato de última vontade, promove a repartição de seus bens entre os respectivos descendentes. A validade dos atos, entretanto, requer ausência de prejuízo para a legítima dos herdeiros necessários.

A partilha judicial, por sua vez, observa as disposições do art. 642, § 3º, do CPC, de sorte que, uma vez separados os bens para o pagamento dos credores, o juiz possa comunicar as partes para facultativamente, no prazo de quinze dias, formularem pedido de quinhão. Com isso, inaugura-se a segunda fase do procedimento.

Ao final do prazo para o levantamento das pretensões sobre a forma de divisão dos bens, ou mesmo na falta de qualquer manifestação, caberá ao magistrado proferir decisão de deliberação da partilha, resolvendo, com isso, os pedidos (se houver) e a designação dos bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro ou legatário. Segue-se, a essa deliberação, a remessa dos autos para o partidor, para que seja elaborado um esboço, em acordo com a determinação judicial, atendendo à seguinte ordem: dívidas atendidas, meação do cônjuge, meação disponível e quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho.

Na partilha, devem ser observadas as seguintes regras, de acordo com o art. 648 do CPC: (i) a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; (ii) a prevenção

dos litígios; e (iii) a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.

Concluído o esboço, pelo partidor, as partes deverão se manifestar, no prazo comum de quinze dias, a fim de que eventuais reclamações possam ser resolvidas. Segue-se a isso o lançamento da partilha nos autos (art. 652), que constará, pela disposição do art. 653 do CPC:

> I – de auto de orçamento, que mencionará:
> a) os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge ou companheiro supérstite, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos;
> b) o ativo, o passivo e o líquido partível, com as necessárias especificações;
> c) o valor de cada quinhão;
> II – de folha de pagamento para cada parte, declarando a quota a pagar-lhe, a razão do pagamento e a relação dos bens que lhe compõem o quinhão, as características que os individualizam e os ônus que os gravam.

Uma vez comprovada a regularidade do espólio com relação às questões tributárias, a partilha será julgada por sentença. Convém registrar que a existência de dívida ativa na Fazenda Pública não obsta o julgamento, desde que haja garantia de seu pagamento.

A decisão judicial é homologatória, mas vai sofrer influência da espécie de partilha realizada. Se amigável, realizada entre pessoas maiores e capazes, será meramente homologatória. Tratando-se, entretanto, de processo contencioso, mesmo que a decisão homologue a partilha lançada nos autos, sua natureza é constitutiva, já que encerra a comunhão hereditária e cria nova situação jurídica.

30.8.1 Formal de partilha

Transitada em julgado a decisão judicial sobre a partilha, expede-se o formal de partilha, com ressalva feita à adjudicação direta, nos casos de único herdeiro.

Esse formal de partilha sinalizará os bens de cada herdeiro, em que constarão as peças mencionadas pelo art. 655 do CPC: termo de inventariante e título de herdeiros; avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro; pagamento do quinhão hereditário; quitação dos impostos e sentença.

Com esse instrumento, pode-se, dentre outras coisas, promover averbação no registro de imóveis, para que constem agora no nome do beneficiário.

30.9 SOBREPARTILHA

A sobrepartilha está prevista no art. 669 do CPC. Esse procedimento é utilizado para promover a partilha de bens, em momento posterior à partilha originária. O mecanismo se justifica diante de eventuais sonegações, ausência de bens na lista inicialmente considerada para a divisão inicial, bens litigiosos tais como aqueles em que a liquidação seja complexa, ou, que estejam situados em lugar remoto da sede do juízo.

A sobrepartilha, quando necessária, será feita nos mesmos autos do inventário e partilha originários, seguindo o mesmo procedimento.

30.10 INVENTÁRIO CONJUNTO

O inventário conjunto, em verdade, traduz-se pela cumulação de inventários, para a partilha de heranças de pessoas diversas, cuja previsão se encontra no art. 672 do CPC.

A cumulação tem lugar quando houver identidade de pessoas entre as quais devem ser repartidos os bens, quando houver herança deixada pelos dois cônjuges ou companheiros, e, ainda, quando houver dependência de uma partilha em relação à outra.

Tratando-se dessa última hipótese, deve-se avaliar se a dependência é parcial, em decorrência de outros bens passíveis de inventário. Sendo assim, o juiz deve avaliar a possibilidade e

conveniência de ordenar a tramitação separada, a fim de melhor proceder com o desenvolvimento da relação processual.

Por razões de economia processual e de certa racionalidade no emprego do procedimento, a cumulação, quando admitida, terá apenas um inventariante.

30.11 ARROLAMENTO

O arrolamento consiste em forma mais simples de promoção do inventário, admitida quando os valores dos bens do espólio forem iguais ou inferiores a mil salários mínimos.

Os valores são atribuídos, inicialmente, pelo inventariante nomeado, independentemente do termo de compromisso, quando apresenta as declarações. Nessa mesma ocasião, apresenta-se também o plano de partilha.

A presença de interessados incapazes não obsta a adoção do arrolamento, desde que as partes e o Ministério Público concordem.

Observados os requisitos para a adoção do arrolamento sumário, passamos a avaliar seu procedimento.

O requerimento pode ser feito por qualquer dos legitimados ao inventário, devendo a inicial ser instruída com os documentos indicados no art. 615 do CPC.

Nomeado o inventariante, que como se disse antes, não precisa prestar compromisso, as declarações apresentadas e os respectivos valores são avaliados pelo Ministério Público, que pode impugnar a estimativa, caso em que o juiz deve nomear um avaliador, para apresentar laudo no prazo de dez dias.

O caso concreto pode justificar a realização de uma audiência, embora não seja comum a prática desse ato no rito do arrolamento.

O recolhimento do imposto, nessa modalidade, é feito antes da partilha, que, ao final, é resolvida por decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento.

30.12 ARROLAMENTO SUMÁRIO

O arrolamento sumário é procedimento ainda mais simples, cuja adoção se justifica pela presença de herdeiros capazes, e de acordo com os termos da partilha.

Nessa modalidade, não são considerados, para fins de admissibilidade, os valores dos bens. Basta que sobre sua divisão haja consenso entre os interessados. Por essa mesma razão, hoje, com a possibilidade da via administrativa, em que o inventário e a partilha são feitos por escritura pública, pouco se verifica a adoção do procedimento judicial.

Optando-se pelo arrolamento sumário, seu requerimento deve ser feito em conjunto, por todos os herdeiros, o que pode ocorrer pela cumulação de todos eles no polo ativo ou pelo requerimento de apenas um deles, com documento que comprove o consentimento dos demais.

Ressalvado o regime da separação absoluta de bens, os herdeiros devem apresentar em juízo a outorga da procuração conferida pelo cônjuge, já que a natureza negocial, nesse caso, demanda outorga uxória.

As peculiaridades desse procedimento decorrem basicamente do acordo e da capacidade dos interessados, o que, na prática: dispensa a citação; afasta a possibilidade de impugnação ou a necessidade de intervenção do Ministério Público, com exceção da hipótese de haver testamento, quando então será intimado dos atos praticados no processo.

A ressalva é feita, apenas, para assegurar que a Fazenda Pública possa cobrar eventual diferença devida em razão do imposto de transmissão, por lançamento tributário.

[295] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3, p. 476.

[296] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3, p. 275.



31.1 INTRODUÇÃO

A natureza do processo retrata uma relação jurídica que hodiernamente envolve o autor, o réu e o Estado-juiz. Em decorrência das lições constitucionais é possível afirmar que a decisão judicial proferida em seu curso, por decorrência do contraditório, não deve prejudicar terceiros.

Entretanto, tratando-se dos efeitos diretos e/ou indiretos dessa decisão, não se pode deixar de reconhecer a possibilidade de terceiros serem afetados. Para tanto, basta imaginar que a penhora de determinado bem, supostamente pertencente ao réu, num caso prático, recaia sobre bem de pessoa estranha ao processo, que mesmo sem figurar no dispositivo da decisão, sofrerá com seus efeitos e, por essa razão, deve ter assegurada a possibilidade de defesa.

Sendo inexorável a possibilidade de terceiros sofrerem com os efeitos da decisão judicial, está justificada a existência dos embargos de terceiro, que podem ser conceituados como ação autônoma, proposta por terceiro para evitar ou reverter uma constrição judicial indevida.

Sobre o tema, dispõe o art. 674 do CPC que: “Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro”.

Atente-se para o fato de que os embargos de terceiro estarão sempre associados a um processo, no qual a constrição indevida se verifica ou justifica potencial adoção de tal medida judicial.

31.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Os embargos de terceiro, como se disse, constituem ação autônoma, que nesse caso, originam novo processo. Por isso, evocam-se aqui as lições sobre a parte geral, em que foram apresentados os pressupostos processuais, correlatos ao juízo de admissibilidade do procedimento. Sem prejuízo deles, portanto, passamos à análise de seus requisitos de admissibilidade específicos.

31.2.1 Objeto

Observando a finalidade dos embargos e sua correlação com a constrição judicial, é possível deduzir que sua admissibilidade só se verifica diante de ato judicial que promova a apreensão judicial ou de ameaça que ela ocorra. Em termos práticos, isso implica dizer que a legislação trabalha com a via repressiva, mas também preventiva, pois permite que o terceiro se mobilize para evitar a atuação judicial indevida. É o que acontece, por exemplo, quando o exequente indica bens pertencentes a indivíduos que não participam do processo, por supor que esses integram o patrimônio do executado.

Diferentemente do Código anterior, o atual CPC não relaciona as hipóteses de constrição, limitando-se a indicar sua admissibilidade por terceiro que tenha “direito incompatível com o ato constritivo”, o que, em tese, admite sua aplicabilidade para a proteção de direitos imateriais.

Os embargos de terceiro atacam atos materiais do juízo, sem com isso assegurar o ingresso do embargante no processo originário, para influenciar o julgamento da lide. Não se confunde, portanto, com a oposição.

Sua admissibilidade tanto se verifica no processo de conhecimento como no processo de execução, já que, em ambos os casos, o juiz pode determinar medidas constritivas com eventuais efeitos perante terceiros.

A relação dos embargos de terceiro com os efeitos da decisão, aqui evidenciada por razões didáticas, nos permite compreender por quais motivos a coisa julgada, que, como autoridade da decisão não mais sujeita a recurso, deve observar os limites subjetivos, a fim de não prejudicar pessoas estranhas ao processo, não elide a possibilidade de discutir-se os efeitos indevidos da decisão no patrimônio do embargante. É dizer: a imutabilidade decorrente da coisa julgada refere-se ao conteúdo e não aos efeitos da decisão, que, nesse caso, podem ser afastados por terceiro.

31.2.2 Legitimidade

A legitimidade para a interposição dos embargos está atrelada à figura do terceiro, que, como tal, não participa do processo originário, onde fora determinada a preensão ou onde essa já ocorreu. Sobre o tema, dispõe o citado art. 674, § 2º, do CPC que se considera terceiro, para ajuizamento dos embargos: (I) o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843; (II) o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução; (III) quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte; (IV) o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Há, portanto, uma ampliação da legitimidade para a interposição dos embargos, o que reclama análise mais detida sobre o tema.

Vejamos, a seguir, cada uma dessas hipóteses.

31.2.2.1 Embargos de terceiro do cônjuge ou companheiro

A primeira disposição trata do cônjuge ou companheiro, quando este defende a posse de bens próprios ou de sua meação, com ressalva feita para a penhora de bem indivisível, quando então, o equivalente à sua quota-parte será compensado pelo produto da alienação.

Dito de forma mais simples: para que o terceiro assegure um juízo positivo de admissibilidade sobre os embargos, ele deve arguir e provar que a constrição sobre os seus bens é indevida, o que, na prática implica: ausência de responsabilidade patrimonial pela dívida, que no caso concreto, reverteu exclusivamente para o cônjuge que a contraiu, sem benefício do embargante ou de eventuais filhos do casal. Como há presunção sobre a comunicação do proveito decorrente das dívidas contraídas nessa condição, o embargante terá o ônus de afastá-la, em juízo.

Pode ainda o terceiro embargar a constrição judicial, se demonstrar que a mesma recaiu sobre bens próprios, e que, por essa condição, estão fora do campo de incidência da responsabilidade patrimonial.

Atente-se para o fato de que, se a execução for dirigida a ambos os cônjuges ou companheiros, quando então teremos litisconsórcio passivo, o meio adequado para o exercício do direito de defesa será a impugnação, caso a constrição ocorra em cumprimento de sentença, ou, de embargos à execução, caso se trate de processo de execução. Em qualquer desses casos, advirta-se, os cônjuges ou companheiros já são partes no processo, o que afasta a legitimidade e, mesmo, a necessidade dos embargos de terceiro.

31.2.2.2 Embargos de terceiro na fraude à execução

Uma segunda hipótese de legitimidade ativa contempla o adquirente de bens, cuja alienação é com fraude à execução. A

consequência imediata disso, como veremos em momento posterior deste curso, implica ineficácia do efeito secundário da alienação, o que significa dizer que, mesmo estando o bem já no patrimônio de um terceiro, estranho ao processo, ele ainda pode ser utilizado para a satisfação do crédito do exequente com respaldo no art. 792 do CPC.

Se a constrição judicial, nesse caso, tiver por objeto bens adquiridos por terceiro, este deverá negar a fraude por meio dos embargos de terceiro.

Sobre o tema, vale consultar a Súmula 375 do STJ, que, desde o regime processual anterior, condiciona a existência da fraude ao registro da penhora ou à prova da má-fé do adquirente.

31.2.2.3 Embargos de terceiro na penhora de bens do sócio

Uma terceira hipótese de legitimidade para a interposição dos embargos decorre constrição judicial proveniente da desconsideração da personalidade jurídica. Relembre-se que a desconsideração é incidente cabível em qualquer fase processual, e que a doutrina admite a desconsideração às avessas.

Sendo, portanto, os bens do terceiro, seja ele particular ou mesmo pessoa jurídica, atingidos por conta da desconsideração, uma vez que não participaram do processo, poderão apresentar ação própria para inibir ou reprimir os efeitos da decisão judicial.

31.2.2.4 Embargos de terceiro na garantia real

Como quarta e última previsão de legitimidade ativa, a legislação trata do credor com garantia real, que não tendo sido intimado dos atos expropriatórios, vê-se prejudicado pelos efeitos da decisão judicial, sem ter participado do processo.

A questão está regulada pelos arts. 799, I, e 889 do CPC, e afirma o direito de preferência do credor com garantia real, que, por disposição legal, goza de preferência para levantar o valor decorrente da arrematação desses bens.

31.2.2.5 Legitimidade passiva

Como legitimados passivos dos embargos de terceiro figuram todos aqueles que no processo originário têm interesse pela manutenção dos efeitos decorrentes da decisão judicial impugnada. Perceba que, no caso da execução, por exemplo, o credor é beneficiado pelo ato judicial e, por essa razão, é legitimado passivo nos embargos de terceiro.

Nesse sentido, eis a redação do art. 677, § 4º: “Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial”.

Deve-se, portanto, em cada caso concreto, avaliar quem apresenta interesse pela manutenção dos efeitos e que, por essa condição, ocupará o polo passivo dos embargos.

31.2.3 Interesse de agir

Analisando-se a vertente da adequação, podemos concluir que os embargos de terceiro só servem como instrumento para a remoção ou inibição da constrição judicial se a hipótese tratar de pessoas estranhas ao processo originário.

Assim, por exemplo, se uma execução for promovida contra ambos os cônjuges ou companheiros, com base em título executivo que os identifique, conjuntamente, a defesa deverá ser feita por embargos à execução e não por embargos de terceiro, vez que ambos já são partes na relação processual. Na prática, isso implica regulamentação própria sobre prazo, procedimento e cabimento, cujos termos são analisados neste curso, no capítulo da execução.

Se, todavia, a execução for promovida somente em face de um dos cônjuges ou companheiro, este poderá deduzir, como defesa, apenas os embargos do devedor, restando, ao cônjuge ou companheiro, não integrante do processo originário, ao menos duas possibilidades: a primeira se verifica pela apresentação de embargos do devedor, quando a finalidade do terceiro for discutir a existência do débito; a segunda, por sua vez, será por meio de

embargos de terceiro, se a pretensão for afastar somente os efeitos da decisão judicial e não o seu conteúdo.

Sobre a necessidade, que como se sabe, compõe a outra vertente do interesse de agir, neste curso estudado como um dos pressupostos processuais, essa decorre da imprescindibilidade do provimento judicial. Tratando-se dos embargos de terceiro, a necessidade se justifica não somente pelo levante da constrição, mas também para evitar a constrição. É dizer, em outros termos: há interesse-necessidade mesmo sem prejuízo ou atuação concreta por parte do Judiciário.

31.3 PROCEDIMENTO

O procedimento dos embargos de terceiro é estruturado sobre a premissa de que o instrumento de defesa, nesse caso, é feito por demanda autônoma, com aptidão para criar nova relação jurídica.

Por essa razão, seu regramento considera questões como a competência do órgão, os requisitos da petição inicial, a citação, as modalidades de resposta à pretensão deduzida pelo embargante, e, a respectiva decisão.

31.3.1 Competência

As regras de competência estão previstas no art. 676 do CPC, que determina a distribuição por dependência dos embargos, ao mesmo juízo de onde se originou a medida judicial de constrição, sendo, para tanto, autuado em apartado.

Se a constrição tiver sido feita por carta precatória, necessário será que se avalie o caso concreto, a fim de identificar o juízo competente. O juízo deprecante será competente para os embargos, se a carta precatória, emitida ao juízo deprecado, já trouxer determinação expressa para a prática do ato constritivo. Registre-se o fato de que, nessa hipótese, o juízo deprecante apenas cumpre determinação do juízo originário.

Todavia, se a carta precatória determinar apenas a penhora de bens do réu, tendo a constrição indevida ocorrido por equívoco do

juízo deprecado, este será o juízo competente para receber, por dependência, a petição inicial dos embargos de terceiro.

Por expressa disposição legal, os embargos são distribuídos ao juízo que ordenou a constrição e, por essa razão, ainda que o processo esteja em sede recursal, os embargos serão autuados em primeira instância.

31.3.2 Prazo

O prazo de propositura dos embargos é previsto pelo art. 675 do CPC, com menções ao primeiro módulo do processo de conhecimento, o cumprimento de sentença e o processo de execução. Vejamos: “Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta”.

A possibilidade de propositura dos embargos mesmo após o trânsito em julgado da decisão se justifica, pois, quanto se pôde registrar em linhas anteriores, atacam-se os efeitos e não o conteúdo da decisão judicial.

Se os embargos de terceiro forem deduzidos em razão de fraude à execução, o prazo de interposição será de quinze dias, por estipulação expressa do art. 792, § 4º, do CPC, cujo termo inicial reclama intimação.

31.3.3 Petição inicial

A petição inicial dos embargos tem suas particularidades estabelecidas pelo art. 677 do CPC: “Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas”.

A exigência de prova sumária da posse ou de domínio não é própria dessa inicial, vez que a mesma disposição se faz nas

demandas possessórias. Todavia, aqui se afirma a possibilidade de o embargante oferecer um rol de testemunhas e documentos para uma eventual audiência prévia de justificação, que diferentemente do procedimento especial das possessórias, não observa prazo de ano e dia.

Com isso, busca-se evidenciar que a audiência preliminar, mencionada no dispositivo, não se confunde com a audiência de instrução, na qual autor e réu assumem compromisso com a instrução probatória, pois se trata, aqui, de uma audiência de justificação, cuja finalidade imediata se traduz pela concessão de medida liminar.

Nesse sentido, estabelece o art. 678 do CPC que: “A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido”.

31.3.4 Citação

Considerando a natureza dos embargos de terceiro, aqui reiteradamente afirmados como ação, podemos concluir que a instauração de um segundo processo, distribuído por dependência, normalmente tem por embargado o autor da demanda originária, em razão de ser ele o beneficiado com a constrição. Nada impede, contudo, que o demandado seja o beneficiado com a medida, caso haja, por exemplo, reconvenção. Nessa hipótese, será ele, o réu da demanda originária, a pessoa citada para ocupar o polo passivo no processo instaurado pelos embargos.

Por força do art. 677, § 3º, conclui-se que a citação, aqui, será feita na pessoa do advogado da parte, caso esta tenha patrono constituído nos autos.

31.3.5 Resposta do réu

O prazo de resposta, conforme previsão do art. 679 do CPC, é de quinze dias. O término do prazo encerra consigo as peculiaridades do rito, que, a partir desse momento, segue o rito comum.

Em razão de os embargos discutirem apenas a constrição judicial, decorrente do processo principal, não se admite reconvenção. A falta de contestação, por sua vez, também aqui é percebida como fato jurídico, cujas consequências são idênticas às do procedimento comum, com destaque para a presunção relativa sobre as alegações do embargante.

31.3.6 Sentença

Acolhido o pedido principal, o ato de constrição é cancelado. A decisão tem eficácia executiva imediata, com a liberação dos bens apreendidos.

Sobre o tema, assim se manifesta o art. 681 do CPC: “Acolhido o pedido inicial, o ato de constrição judicial indevida será cancelado, com o reconhecimento do domínio, da manutenção da posse ou da reintegração definitiva do bem ou do direito ao embargante”.

Findo o prazo de resposta dos embargos, segue o rito comum, com possibilidade de o autor reconhecer o seu direito, por cognição exauriente, com idoneidade para a formação da coisa julgada material.



32.1 INTRODUÇÃO

A oposição foi tratada como espécie de intervenção de terceiro, no Código de 1973. Durante a tramitação do projeto do novo Código de Processo Civil, no Senado, sua previsão foi excluída, sendo, todavia, retomada, na Câmara dos Deputados, já como ação autônoma, cuja regulamentação está entre os arts. 682 e 686 do CPC atual.

Feitas as considerações introdutórias, podemos concluir que a oposição, atualmente, é concebida como ação autônoma, proposta por terceiro, que pretenda obter para si, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, com a respectiva exclusão do direito deles.

A oposição se justifica por razões de economia processual, já que sua proposição é de livre iniciativa do terceiro, que caso queira permanecer alheio, pode ajuizar demanda autônoma, contra quem tenha saído vencedor no processo originário, vez que não está sujeito à coisa julgada, inicialmente respeitada pelas partes do processo em que a decisão foi proferida.

32.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Como a natureza da oposição é de nova ação, a ela são atribuídas as exigências formais previstas para se demandar em juízo, cujos termos gerais são estudados no capítulo pertinente aos pressupostos processuais. Sobre o tema, eis a redação do art. 683 do CPC: “O opoente deduzirá o pedido em observação aos requisitos exigidos para propositura da ação”.

A oposição não cria novo processo, mas incide em processo em curso e, por essa razão, é correto se afirmar a existência de duas demandas e apenas uma relação processual.

Com isso, quer-se evidenciar que a demanda do terceiro, opositor, amplia o mérito do processo, vez que ao menos mais uma pretensão será deduzida em juízo para obtenção de uma resposta judicial. Isso, entretanto, ocorre no mesmo processo, já instaurado pelo autor e réu da demanda originária.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de duas pessoas discutirem em juízo a propriedade de determinado bem imóvel, sem que qualquer delas seja a real proprietária. Uma vez ciente desse processo em curso, um terceiro, aqui apresentado como o verdadeiro dono do imóvel, pode deduzir em juízo uma pretensão para ver reconhecido esse seu direito de propriedade, com exclusão dos direitos que indevidamente foram afirmados em juízo pelo autor e pelo réu da demanda originária.

Dito isso, seguimos com o estudo da legitimidade, para identificar as partes, e, ainda, com o estudo do interesse de agir, para observar a necessidade e a adequação da oposição.

32.2.1 Legitimidade

Como se disse anteriormente, a oposição é demanda proposta por terceiro, que deseje ver reconhecida, como sua, coisa (ou direito) sobre que controvertem as partes, num processo em curso.

Tratando-se da legitimidade ativa, pode-se concluir que o terceiro é parte legítima para promover a oposição, advertindo-se para tanto que o conceito de terceiro é alcançado por exclusão, ali se enquadrando todo aquele que não participa do processo.

Deve-se ainda registrar, pela oportunidade, que o terceiro da oposição não se confunde com o terceiro dos embargos. Nestes, o ingresso se justifica com finalidade específica: a desconstituição de constrição judicial indevida. É dizer: o terceiro não entra na disputa da coisa litigiosa, pretendendo, apenas, elidir os efeitos da decisão judicial que de forma ilegítima lhe causam prejuízo. Naquela, entretanto, o terceiro ingressa para discutir diretamente a coisa litigiosa, contrariando, para tanto, os interesses do autor e do réu da demanda originária.

Como a pretensão do opositor implica consequências imediatas aos opostos (autor e réu da demanda originária), estes devem ser citados para apresentar defesa e, eventualmente, provar que merecem ter o pedido acolhido. Trata-se, portanto, de um litisconsórcio passivo necessário, formado pelas partes da demanda inicial.

32.2.2 Interesse de agir

Sobre a vertente da necessidade, é possível identificar que a oposição pressupõe a existência de processo em curso, em que se dispute direito (ou coisa) que o oponente almeje ver como seu. Mesmo assim, trata-se de opção processual, disponibilizada ao terceiro, por razões de economia processual.

Já sobre a vertente da adequação, podemos concluir que ela só tem cabimento nos processos de conhecimento, seja ele comum ou especial. Não se admite oposição nos processos de execução, nem nos processos que, logo em seguida à citação, tramitem por ritos especiais, com prejuízo direto para a possibilidade de instrução conjunta.

Há, também, um limite temporal para a apresentação da oposição, que, como ação incidente, aqui demanda procedimento especial para a apreciação do pedido deduzido, que só se justifica até a entrega da sentença.

32.3 PROCEDIMENTO

Considerando o trâmite da relação processual, da petição inicial até o encerramento desse primeiro módulo, pela sentença, têm-se então dois momentos para a oposição. O primeiro se encerra com o início da audiência de instrução e julgamento. Se o opositor aproveitar essa primeira oportunidade para deduzir sua pretensão, a instrução será conjunta e uma única sentença decidirá a demanda originária e a oposição, sendo esta julgada primeiro, pela relação de antecedência lógica. Se, entretanto, o opositor ingressar após o início da instrução, dois procedimentos podem ser adotados diante do caso concreto: o juiz poderá concluir a audiência já iniciada e marcar uma segunda audiência, para instruir a oposição, o que na prática implica duas instruções e uma decisão; ou, o juiz suspenderá o processo antes de concluir a audiência para assegurar, quando de sua retomada, instrução conjunta com a oposição, que, nesse interstício, observou as regras do contraditório, possibilitando aos opostos manifestar-se sobre os termos da demanda do terceiro. Nesse último caso, teremos única instrução e única decisão.

Em qualquer dos dois momentos – apresentada antes do início da audiência de instrução da demanda originária, ou, depois – a oposição será distribuída por dependência, sendo autuada em apenso.

Como a hipótese provoca a formação de um litisconsórcio passivo necessário, com procuradores distintos, vez que estes patrocinam interesses opostos, poder-se-ia cogitar do prazo em dobro para apresentar a contestação, em decorrência do art. 229 do CPC. A disposição, entretanto, cede em função de norma específica, que estipula prazo comum de apenas quinze dias para a defesa dos opostos, nos termos do art. 683, parágrafo único, que prevalece, portanto, sobre as lições gerais.

Em arremate: a identidade da causa, percebida em toda a sua dinâmica processual, pode implicar mudanças no procedimento para adequá-lo aos reclames da tutela adequada, com respostas mais rápidas, simples e coerentes.



33.1 INTRODUÇÃO

Em linhas anteriores, compreendemos o processo como relação jurídica. Estudando seus pressupostos, requisitos e condições, identificamos que a capacidade de ser parte, aqui entendida como parte na demanda, é dado inexorável para a existência da relação processual. Por essa razão, a morte de qualquer de seus sujeitos, antes da conclusão do serviço jurisdicional, é fato jurídico, com a consequente suspensão do processo.

Sendo o direito discutido, personalíssimo, tal como acontece com o direito potestativo do divórcio, a morte do autor ou do réu, fatalmente implica extinção sem resolução do mérito, nos termos do 485, IX, do CPC.

De outro lado, se o direito discutido em juízo não for personalíssimo, como acontece com a maioria das relações obrigacionais, pautadas por direitos subjetivos, haverá a necessidade de se assegurar eventual superação da falta de um de seus sujeitos, pelo procedimento especial de habilitação, atualmente regulado entre os arts. 687 e 692 do CPC.

33.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Os requisitos de admissibilidade desse procedimento especial contemplam a legitimidade das partes, mas também o interesse de agir-necessidade, com destaque para a natureza transmissível do direito, e, ainda, sobre adequações no rito, para compatibilizá-lo com a especificidade da demanda.

33.2.1 Legitimidade

A legitimidade para a promoção do rito de habilitação é naturalmente conferida à parte sobrevivente ou aos sucessores da parte falecida. A previsão se justifica, já que tanto o demandante sobrevivente como os sucessores do morto apresentam interesse pela eventual regularização da relação processual.

No que pese a necessária atuação dos legitimados para a habilitação, o Código de Processo Civil permite que o juiz, ao tomar conhecimento da morte de qualquer das partes, atue no sentido de comunicar os interessados para possível manifestação sobre a continuidade da relação processual.

Nesse sentido, determina o legislador, pela redação do art. 313 do CPC, que o magistrado intime o autor para a citação do respectivo espólio ou de eventual sucessor, quando do falecimento do réu, em prazo que varia de dois a seis meses. De outro lado, sendo o óbito do demandante, cabe ao juiz determinar a intimação do espólio ou de seus sucessores, pelos meios que julgar mais adequados, para a promoção da habilitação.

Encerram-se essas considerações sobre a legitimidade observando que, para além das partes da demanda, aqui representadas por autor e réu, também as partes intervenientes podem ser substituídas *mortis causa*.

33.2.2 Interesse de agir

Considerando o interesse de agir-adequação, destacam-se a habilitação sumária, que é decidida nos autos do processo principal, e, a habilitação ordinária.

Duas situações autorizam a habilitação sumária: quando o pedido de habilitação estiver devidamente instruído e não for impugnado, o que justifica seu imediato deferimento; ou, quando for impugnado, a apreciação depender apenas de prova documental, que nessa hipótese, viabiliza a entrega da decisão judicial com base nos elementos disponíveis.

A habilitação ordinária, por sua vez, ocorre em autos apartados, quando o pedido de impugnação é rejeitado, e sua apreciação demanda dilação probatória, com meios outros, diversos da prova documental.

33.3 PROCEDIMENTO

Sem olvidar da legitimidade e da via adequada para a condução do procedimento, podemos sinalizar que a petição é proposta nos autos do processo principal, na instância em que estiver.

Recebida a petição, o magistrado ordenará a citação dos requeridos para possível pronunciamento dos interessados, no prazo de cinco dias. A comunicação será pessoal, caso não haja procurador constituído nos autos.

Com ou sem a manifestação dos requeridos, o juiz poderá decidir o pedido. Seguindo a habilitação pela via sumária ou pela via ordinária, a decisão judicial encerra o módulo cognitivo, já aqui estabelecido como o binômio: procedimento e contraditório, e, por essa razão, de acordo com o art. 692 do CPC, será considerada sentença. Uma vez estabelecida a natureza da decisão, conclui-se que o instrumento processual cabível para eventual impugnação é a apelação.



34.1 INTRODUÇÃO

O CPC estabelece, entre os arts. 693 e 699, disposições gerais sobre o procedimento das ações de família, nas demandas por soluções consensuais, reservando para as ações contenciosas, um procedimento especial.

Em termos práticos, pode-se constatar que a proteção processual da entidade familiar sofreu atualização normativa (aqui empregada como resultado da interpretação), e hoje, sob o caleidoscópio constitucional, conclui por um resultado mais amplo e condizente com a dignidade e a capacidade de autodeterminação afetiva.

Nesse sentido, o art. 226 da CF, afirma que:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> (...)
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No que pese a manutenção do texto, em maio de 2001, o STF, ao julgar a ADPF 132/RJ, não apenas concluiu pela inexistência de qualquer significado ortodoxo à entidade familiar, como retratou um sentimento contemporâneo para receber, nessa mesma cassa, as uniões homoafetivas. É dizer: mantivemos o texto, mas alteramos a norma, ampliando, com isso, a proteção constitucional.

34.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Como requisitos de admissibilidade, destacamos, pelo interesse de agir, a necessidade do provimento jurisdicional, diante de eventuais possibilidades administrativas de resolução, e, ainda, o rito adequado para a composição de eventual litígio, frente à existência de leis específicas.

Já sobre a legitimidade, evocam-se teses mais atuais sobre a participação do Ministério Público na proteção dos interesses do menor, sem desconsiderar as lições tradicionais de pertinência temática entre o titular do interesse e sua correlata proteção pela via jurisdicional. Comecemos pela legitimidade.

34.2.1 Legitimidade

A legitimidade para as ações de família foi significativamente ampliada pelo citado julgamento do STF, e, hoje, viabiliza a proteção das uniões de pessoas do mesmo sexo como espécies de entidade familiar.

Dito com linhas mais simples: o rol de legitimados para ajuizar demandas correlatas aos direitos das famílias, incluindo aqui as ações de alimentos, ao lado dos tradicionais e conhecidos titulares, compreende também os companheiros do mesmo sexo.

No polo passivo da demanda também verificamos ampliação dos legitimados, que, ao lado dos genitores, dos supostos pais e dos cônjuges e companheiros héteros, hoje inclui também os companheiros do mesmo sexo.

Encerram-se estas considerações com referência à determinação do Conselho Nacional de Justiça, que, por decisão

plenária, proibiu os cartórios brasileiros de lavrar escrituras para registro de uniões poliafetivas.

34.2.2 Interesse de agir

O rito estabelecido pelo CPC para as ações de família aplica-se somente para processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e dissolução de união estável, guarda, visitação e filiação. As demandas de jurisdição voluntária, por sua vez, são reguladas em outro momento do Código, e, neste curso, serão estudadas em momento posterior.

No que pese a intenção do legislador, quando da aprovação da Emenda Constitucional 66, certo é que a separação judicial, litigiosa ou consensual, permanece no ordenamento jurídico. Há bons argumentos em sentido contrário, afirmando sua revogação, pela supressão do termo separação, do texto constitucional, mas não se pode desconsiderar o fato de que o Código Civil ainda estabelece esse direito, cabendo ao Código de Processo Civil lhe estabelecer a via adequada para concretização. Por essa razão, mesmo havendo possibilidade de divórcio direto, a separação permanece como possibilidade de extinção de alguns dos deveres do casamento, tais como o dever de coabitação e fidelidade, e dos efeitos patrimoniais provenientes do regime de bens do casamento.

Quanto aos alimentos, destaca-se a Lei 5.478/1968, que, como disposição específica, prevalece sobre as orientações gerais do CPC. O procedimento especial de alimentos, entretanto, só se justifica nas hipóteses em que o demandante detém prova pré-constituída da obrigação alimentar. Assim, por exemplo, se a paternidade for fundamento para eventual condenação ao pagamento de pensão alimentícia e puder ser comprovada por certidão ou laudo técnico já concluído de DNA, a via adequada será a da lei especial, caso em que o CPC servirá apenas subsidiariamente. De outro lado, caso a obrigação não possa ser afirmada com base em prova pré-constituída, o rito será o do Código de Processo Civil.

No que se refere aos interesses da criança e do adolescente, afastam-se, pela mesma razão, as disposições do CPC, já que para esses casos há legislação específica, com rito previsto no ECA.

Acerca da necessidade, convém observar a faculdade de as partes se valerem da via administrativa, para diversas ações de família, tais como as do divórcio e a da separação, quando a hipótese não contemplar menores. Do contrário, a participação do Ministério Público se torna obrigatória, e, com ela, a via jurisdicional segue como único caminho, ainda quando não haja conflito entre os interessados.

34.3 PROCEDIMENTO

Comparado ao rito comum, o procedimento especial das ações de família se destaca quase que exclusivamente pelo esforço legislativo na busca da solução consensual do conflito, que, nesse caso, além das partes e do juiz, pode envolver uma equipe multidisciplinar. No sentido do texto, o magistrado, diante de requerimento das partes, pode suspender o processo, a fim de que seja assegurada a possibilidade de mediação extrajudicial.

Sem prejuízo do esforço conjunto pela solução consensual, a citação do réu para o comparecimento à audiência de mediação segue desacompanhada da petição inicial, ao argumento de que, sem informações imediatas sobre a percepção do autor acerca dos fatos, possa comparecer mais disposto ao acordo. De todo modo, assegura-se o acesso irrestrito ao conteúdo por intermédio de seu advogado, o que, de forma alternativa, assegura o contraditório substancial.

A citação, nesses casos, observa prazo menor, vez que pode ser realizada com antecedência mínima de 15 e não de 20 dias, como no rito comum. Ademais, o comparecimento é obrigatório e nem mesmo por manifestação de ambas as partes será dispensada.

A presidência da audiência, também aqui, não é feita por nenhum juiz, e a presença de advogados ou defensores para patrocinar os interesses das partes deixa de ser obrigatória, por

determinação do Conselho Nacional de Justiça, já mencionada em linhas anteriores, de discutível constitucionalidade. Frustrada a tentativa de acordo, segue-se o procedimento comum, sendo necessária a participação do Ministério Público apenas nos casos que envolvam interesses de incapazes.

Havendo discussão sobre quaisquer fatos relacionados ao abuso ou alienação parental, o magistrado, ao tomar o depoimento do incapaz, deve estar acompanhado de especialistas, tais como médicos, psicólogos e assistentes sociais.



35.1 INTRODUÇÃO

Regulada entre os arts. 700 e 702 do CPC, a monitória é um procedimento especial, que permite, ao credor, a rápida formação do título executivo judicial, aqui representado por uma sentença.

No rito comum, a ausência de resposta do réu caracteriza a revelia, autorizando presunção relativa sobre as alegações do autor e o possível julgamento antecipado da lide. Entretanto, essa hipótese demanda cognição sobre uma série de circunstâncias, capazes de afastar a presunção relativa e o consequente julgamento antecipado, tais como: a natureza indisponível do direito afirmado; a falta de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; a falta de verossimilhança das alegações formuladas pelo autor; e, ainda, a existência de litisconsórcio passivo com a entrega de ao menos uma contestação. Nesses casos, relembre-se, a atividade judicial exercida sobre esse módulo cognitivo não autoriza o julgamento antecipado e, por essa razão, o autor não obterá, de imediato, o título executivo judicial, consubstanciado na sentença de procedência do pedido.

O rito especial, previsto para a monitória, diferentemente do rito comum, permite a formação do título executivo judicial, pela mera

falta de resposta do réu. Limita-se, portanto, a atividade cognitiva, que aqui se afirma de forma sumária, no módulo cognitivo de rito especial, instaurado com a finalidade de formar mais rapidamente o título e, com isso, legitimar a atividade executiva do Estado, para a satisfação concreta do direito de crédito.

Tanto no rito comum como aqui, almeja-se a formação de um título executivo e, já por essa razão, é possível concluir que a monitória se enquadra devidamente no processo de conhecimento, como procedimento especial.

Outras duas correntes, minoritárias, compreendem a natureza da monitória de forma distinta: a primeira delas sustenta que a monitória é um processo executivo. Sem desconsiderar a tradição acadêmica de seus defensores, entendemos que essa ideia não se sustenta, pois o processo de execução, como se sabe, é destinado àqueles que já detêm título executivo, enquanto a monitória, por sua vez, se justifica exatamente para os casos em que o demandante apresenta documento desprovido de força executiva, e que, por consequência disto, não tem interesse-adequação para provocar diretamente essa via jurisdicional.

A segunda corrente compreende a monitória como procedimento, mas afirma que este é apenas o aspecto externo de uma nova espécie de processo. Para essa corrente, seria correto falar-se em processo monitório, cujas atividades cognitiva e executiva seriam dosadas de forma especial, para viabilizar que a ausência de resposta do réu permitisse, de plano, a emissão de provimento judicial que servisse de título executivo, sem processo de execução.

No que pese sua expressão acadêmica entre os estudiosos brasileiros, certo é que, no CPC, a estrutura sincrética do processo de conhecimento, hoje, já não corrobora a concentração das atividades cognitivas e executivas como elemento para imprimir identidade de processo autônomo à monitória.

Feitas as considerações introdutórias acerca da natureza jurídica da monitória, neste curso, compreendida como rito especial do processo de conhecimento, que viabiliza, por cognição sumária, a formação mais célere de título executivo, passamos a considerar os

requisitos de admissibilidade, com destaque para a adequação e a legitimidade.

35.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Os requisitos da monitória estão enunciados no art. 700 do CPC: “A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: (I) o pagamento de quantia em dinheiro; (II) a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; (III) o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer”. Vejamos cada um deles.

35.2.1 Interesse de agir

O interesse de agir, como se sabe, afirma-se pela necessidade do provimento judicial e pela adequação do meio empregado. Por essa razão, deve-se registrar, de início, que o procedimento monitório é uma opção, disponibilizada para o credor de obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, que tenha documento escrito comprobatório da respectiva obrigação.

Essa via traz a possibilidade de formação mais célere do título, caso o réu não apresente defesa, mas não afasta a predileção pela ação condenatória, de rito comum. Dito com linhas mais simples: a monitória é sempre facultativa, para quem observa seus requisitos de admissibilidade.

No que se refere à adequação, é preciso destacar dois tipos de procedimento: o monitório puro e o monitório documental. O primeiro demanda apenas a alegação do autor, sem qualquer documento comprobatório, e a inércia do réu em apresentar resposta, o que autoriza a superação da fase cognitiva e o ingresso na fase executiva. Essa espécie de procedimento não foi adotada no Brasil.

O segundo tipo de procedimento monitório, documental, foi ratificado pelo CPC, que, comparado ao Código revogado, ampliou as hipóteses de cabimento, ao entregar uma norma (aqui

empregada como o resultado da interpretação) mais ampla, compreendendo também a prova oral documentada.

Estabelecido o conceito da monitória e identificada a espécie adotada pelo sistema processual, passamos ao estudo da prova escrita sem eficácia de título executivo, que, por força do citado art. 700 do CPC, é requisito de admissibilidade para a eleição da via especial.

O documento acostado à inicial deve demonstrar a probabilidade de existência da obrigação, permitindo que um juízo sumário conclua pelo acerto do procedimento. O documento precisa ser apresentado na forma escrita, e, portanto, afastam-se as utilizações de fotografias, gravações ou meios análogos.

Se essa exigência legal, de um lado, restringe as possibilidades da monitória, de outro, amplia o conceito de prova escrita para incluir a citada prova oral documentada e, ainda, os títulos executivos extrajudiciais que, pelo decurso do tempo, perderam sua eficácia executiva.

Nesse sentido, a Súmula 299 do STJ preleciona que: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”. O mesmo se aplica para outros títulos executivos extrajudiciais prescritos, como as promissórias e as letras de câmbio.

Advirta-se, ainda, que os contratos de abertura de conta-corrente não são dotados de eficácia executiva, conforme o teor da Súmula 233 do STJ, mas mesmo assim, servem como documento hábil para a proposição da monitória. O tema, embora controverso na doutrina, foi objeto de súmula, no Superior Tribunal de Justiça, hoje consagrado sob o nº 247.

Questão interessante é saber se mesmo munido de título executivo, com aptidão, portanto, para instaurar diretamente o processo de execução, o credor poderá optar pelo processo de conhecimento, de rito especial: a monitória.

Sem pretensões de unanimidade, de há muito defendemos a possibilidade de escolha do credor, que hoje está consagrada pelo art. 785 do CPC: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

Deve-se ainda comentar a capacidade do devedor, que, em acordo com o *caput* do art. 700 do CPC, aparece como mais um requisito de admissibilidade. Trata-se de inovação promovida pelo Código, em benefício dos incapazes, cujas regras são estabelecidas pela lei civil.

Encerram-se estas considerações sobre a admissibilidade da monitória, destacando a possibilidade de o procedimento ser instaurado em face da Fazenda Pública.

35.2.2 Legitimidade

Legitimado ativo será aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ser titular de um direito de crédito que, por essa condição, é capaz de exigir o cumprimento da obrigação do devedor capaz. Do outro lado, legitimado passivo será aquele que figure como devedor na prova escrita.

35.3 PROCEDIMENTO

Estabelecidas as premissas sobre a natureza jurídica da monitória, pode-se identificar, com maior clareza, as peculiaridades do procedimento, que começa com a petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do CPC. Não há requisitos específicos. O mesmo se aplica para a competência do juízo onde se deve propor a demanda, que segue também nesse ponto as regras gerais do CPC.

Ao tratar da causa de pedir, frequentemente citada como fatos e fundamentos (consequências jurídicas), o autor deverá requerer a expedição de mandado para o cumprimento da obrigação. Para tanto, deve informar, conforme o caso, a importância devida, o valor atual da coisa, o conteúdo patrimonial ou o proveito econômico perseguido em juízo. Havendo dúvida sobre a idoneidade do título acostado à exordial, o demandante será intimado para emendar a inicial, adaptando-a para seguir pelo rito comum.

Examinada a petição inicial com base no mencionado juízo de probabilidade e sendo esse juízo positivo, o juiz profere decisão, expedindo com ela o mandado de pagamento, entrega da coisa ou

cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, no prazo de quinze dias.

Em decorrência do contraditório, é fácil concluir pela necessidade de citação do réu, que, mediante essa convocação, passa a ter ciência dos termos processuais e da possibilidade de influência na formação do resultado. Conta-se, portanto, da citação, o prazo para o cumprimento do mandado, que, no prazo legal, isentará o réu de pagar as custas. Já os honorários advocatícios, nesse rito especial, são calculados em 5% do valor da causa.

35.3.1 Decisão

A decisão judicial, nesse rito especial da monitória, tem por objeto apenas a admissibilidade, não devendo se pronunciar sobre a existência ou inexistência do crédito afirmado pelo demandante. Deve apenas avaliar e concluir, em cognição sumária, pautada pela probabilidade, se os requisitos foram todos seguidos. Na prática, isso significa dizer que o juízo verifica a correspondência da inicial com o art. 700 do CPC.

No que pesem as especificidades desse pronunciamento inicial, segue-se o mandamento constitucional de fundamentação, o que nos remete, inexoravelmente, ao art. 489 do Código de Processo Civil.

Para estudar a natureza da decisão judicial, é preciso resgatar a informação de que este curso segue doutrina majoritária sobre a natureza jurídica da monitória, compreendendo-a como procedimento especial, do processo de conhecimento. Por essa razão, no que pese a controvérsia do tema na academia, adotamos, também aqui, posicionamento majoritário, o que nos permite as seguintes conclusões:

Apresentada a petição inicial e exercido o juízo de admissibilidade, se este for negativo, a decisão será pela extinção do processo, caso em que teremos uma sentença terminativa ou processual.

Sendo o juízo de admissibilidade positivo, o magistrado determinará a citação do réu para o cumprimento do mandado ou a

entrega de resposta. Se o réu resiste, nesse caso, a decisão inicial, contestada, não terá efeito executivo para permitir execução nem encerrará o processo, que segue agora pelo rito comum. Trata-se, portanto, de decisão interlocutória. Com a entrega da resposta, o processo avança para uma segunda decisão, esta sim, capaz de legitimar a atividade executiva: a sentença.

Uma terceira possibilidade ocorre se o réu, devidamente citado, não apresenta embargos. Nesse caso, a decisão inicial, proferida quando do juízo de admissibilidade, com o respectivo mandado para o cumprimento voluntário, converte-se em título executivo judicial, com força para permitir a atividade executiva. Registre-se, pela oportunidade, que a inércia do réu em apresentar embargos no prazo de quinze dias não afasta a incidência de uma prerrogativa, prevista no art. 916 do CPC. É dizer: para cumprimento voluntário, o réu pode depositar ao menos 30% do valor e dividir o restante em até seis parcelas mensais, com correção de 1% ao mês. Essa opção pelo parcelamento, entretanto, implica pagamento das custas e dos já mencionados honorários advocatícios, na ordem de 5% sobre o valor da causa.

35.3.2 Embargos

A natureza procedimental da monitória autoriza a conclusão pelo fato de que os embargos, aqui deduzidos como espécie de resposta do réu, em verdade fazem as vezes da contestação. A questão, contudo, é polêmica, e demanda certo desenvolvimento.

Há doutrinadores da ordem de Cândido Rangel Dinamarco e Eduardo Talamini, que consideram os embargos uma ação autônoma, de natureza cognitiva e incidental, cuja finalidade é a defesa do executado. De certa forma, essa ideia é coerente com a premissa de que a monitória é uma nova modalidade de processo, distinta do conhecimento e da execução. Assim, a petição inicial, pautada pelo art. 700, ensejaria uma espécie de processo em que a defesa do réu seria apresentada por ação autônoma: os embargos.

De outro lado, é possível afirmar com Nelson Nery e Carreira Alvim, que os embargos constituem verdadeira contestação

entregue no processo de conhecimento, que, sob rito especial, da monitória, recebe o nome de embargos.

Se, em linhas anteriores, afirmamos a natureza da monitória como procedimento, concluímos agora, com arrimo na segunda corrente doutrinária, que os embargos, nesse caso, representam a contestação como espécie de resposta do réu.

Após a apresentação da resposta, registre-se uma segunda vez, o processo seguirá pelo rito comum, que em decorrência da conversão do mandado em título executivo judicial, observará as regras para o cumprimento de sentença.



36.1 INTRODUÇÃO

A jurisdição voluntária, hoje consagrada como expressão doutrinária, em verdade, representa a administração pública de interesses privados.

Essa intervenção se justifica, mesmo na ausência de conflito entre as partes (que aqui são chamadas de interessados), porque em alguns casos, a lei estabelece, como condição de possibilidade para a efetivação do direito, que órgãos públicos sejam convocados para fiscalizar o cumprimento de determinado procedimento.

Observe que, muito embora as partes estejam de acordo, há, nesse caso, uma resistência a ser vencida, que aqui se identifica pela exigência da legislação. Assim, por exemplo, uma demanda pelo divórcio consensual, no que pese o encontro de vontades pelo fim do relacionamento, só produz os efeitos jurídicos esperados, mediante o exercício da jurisdição voluntária, que, ao final, conclui pela alteração do estado civil. Em tais circunstâncias, em que a legislação estabelece requisitos para os interessados, é comum falar-se em *lide presumida*.

Na doutrina, hoje prevalece o entendimento de sua natureza jurisdicional, o que, didaticamente melhor se adequa à proposta do

CPC. Ademais, com a jurisdição voluntária, asseguram-se os direitos de terceiros, que sem as garantias processuais, como as do contraditório e da ampla defesa, possivelmente seriam prejudicados quando o resultado lhes implicasse prejuízo. Para tanto, basta imaginar eventuais lesões a credores, que com o fim do regime de bens do casamento, teriam a possibilidade de satisfação do crédito reduzida, sem prévio aviso.

36.2 CARACTERÍSTICAS

A jurisdição voluntária apresenta as seguintes características:

As partes, já estudadas em linhas anteriores, como autor e réu, aqui são compreendidas como interessados, de sorte a demonstrar a ausência de conflito entre eles.

A ausência de conflito entre os interessados, por óbvio, torna o rito mais célere, e reduz, sensivelmente, a atividade cognitiva, o que, em corolário, viabiliza respostas mais céleres.

Destaca-se, na jurisdição voluntária, a possibilidade de uma maior atuação de ofício da magistratura, tais como a alienação de bens depositados em juízo ou a abertura e cumprimento de testamentos.

Com amparo no art. 723, parágrafo único, do CPC, afirma-se que o juiz não está obrigado a observar a legalidade estrita, podendo, em cada caso, adotar a solução que considerar mais conveniente e oportuna. É evidente, por tudo o que aqui se afirmou sobre os vetores hermenêutico-constitucionais da coerência e da integridade, que neste curso servem de bússola para a compreensão do sistema processual, que a disposição normativa não se adequa às diretrizes do Estado Democrático de Direito. Primeiro, porque em nenhuma circunstância, o juiz pode abandonar critérios, estabelecidos democraticamente, para julgar com base na conveniência e oportunidade, sem com isso violar as diretrizes fundamentais do contraditório e da fundamentação das decisões. Segundo, porque aplicar a letra da lei, nos dias atuais, não implica desrespeito à identidade, ao revés, por ela se afirma, em

decorrência dos princípios e do resgate do mundo fático, no Direito. Deve-se, portanto, interpretar-se esse artigo a partir da Constituição e não o contrário, para concluir por sua incompatibilidade com o modelo democrático de processo.

Sobre as decisões proferidas em exercício de jurisdição voluntária, é preciso registrar que as sentenças definitivas não se revestem da autoridade da coisa julgada, e podem ser modificadas, se houver alteração nas circunstâncias condicionantes do julgamento. Veja-se, por exemplo, que a interdição, uma vez determinada, não se prorroga no tempo, inadvertidamente, sendo possível levantá-la, se o interditado comprovar a superação das causas determinantes, na época do pronunciamento judicial.

Em sentido contrário, entretanto, é possível defender que também aqui, na jurisdição voluntária, a decisão judicial definitiva reveste-se da autoridade da coisa julgada, tal como acontece na jurisdição contenciosa. Dentre os argumentos dessa corrente, ressaltam-se: a alegação de que o CPC, ao contrário do Código anterior, não traz disposição expressa sobre essa peculiaridade da coisa julgada na jurisdição voluntária, e ainda, que eventual alteração nas circunstâncias fáticas, dariam embasamento para uma nova demanda, com nova decisão, e não a revisão do que já fora objeto de apreciação e julgamento.

36.3 REQUISITOS

Os requisitos de admissibilidade da jurisdição voluntária são estudados, como de costume, pela ordem do interesse de agir e da legitimidade.

Destacam-se, neste estudo, a via procedimental, que pode seguir lei especial, e, ainda, a ampla legitimidade ativa para instaurar-se o procedimento.

36.3.1 Interesse de agir

É certo que a ausência de conflito entre as partes, aqui chamadas de interessados, é condição de possibilidade para o

prosseguimento dessa via processual, que, diante de uma exigência legal de fiscalização do Estado, torna necessário o exercício da jurisdição para satisfação dos direitos afirmados em juízo.

Já sobre a vertente adequação, é preciso observar se há ou não, rito específico para a atuação estatal, ou se essa atividade será regida pelas disposições comuns.

36.3.2 Legitimidade

Sem prejuízo da legitimidade ordinária, já estudada em páginas anteriores deste curso, a jurisdição voluntária traz algumas peculiaridades sobre a matéria, consideradas a seguir.

De início, ratifica-se a possibilidade de a magistratura atuar de ofício, promovendo a abertura do processo, o que excepciona a inércia, no exercício da jurisdição.

A Defensoria Pública também goza de legitimidade para instaurar o procedimento não contencioso, em acordo com o art. 720 do CPC. Tal medida, registre-se, não encontra correspondente no Código revogado, e atende a reivindicações de parte da doutrina e de segmentos sociais, pautados pela melhor proteção dos direitos fundamentais.

O Ministério Público, com base no mesmo dispositivo legal, pode dar início ao procedimento de jurisdição voluntária, sem com isso preterir sua atuação como fiscal do ordenamento jurídico. Nesse caso, faz-se necessário observar as hipóteses ventiladas no art. 178 do CPC, quando então o *parquet* será intimado para manifestar-se em 15 dias.

36.4 DISPOSIÇÕES GERAIS

As disposições gerais da jurisdição voluntária são estabelecidas entre os arts. 719 e 725 do CPC/2015. Sua aplicação não se impõe perante leis específicas ou procedimentos especiais, mas, mesmo nessas condições, serve em caráter subsidiário para complementar o regramento processual. Afinal, a jurisdição voluntária, assim como

a jurisdição contenciosa, é exercida por procedimentos comuns e especiais.

36.4.1 Procedimento comum

A inicial deve atender aos requisitos dos arts. 319 e 320, com destaque para o valor da causa, que aqui se torna indispensável e deve traduzir a pretensão econômica dos interessados.

Sendo o juízo de admissibilidade positivo, todos os interessados serão citados, pelas disposições do rito comum, para integrar a relação processual.

Não há condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais na jurisdição voluntária. As despesas são adiantadas pelo demandante, mas, ao final, rateadas entre os interessados.

Como visto, a participação do Ministério Público se justifica não apenas como legitimado ativo, mas também como fiscal do ordenamento jurídico. Já a Fazenda Pública, por força do art. 722 do CPC, será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.

Citados os interessados, segue o prazo de quinze dias para sua manifestação. Com ela, pode o interessado-citado, arguir questões preliminares, ou, ainda, discutir a pretensão do interessado-autor. O teor da manifestação pode implicar extinção do processo, por acolhimento de preliminares, ou, ainda, pela presença da lide. Pela mesma razão, não se admite a reconvenção, pois um contra-ataque, nesse caso, afasta a possibilidade da via processual pela jurisdição voluntária.

As fases seguintes, instrutória e decisória, são concentradas, pois a ausência de controvérsia em muito contribui para a limitação da atividade cognitiva, e, por isso, caso haja necessidade de produzir-se alguma prova em audiência, esta será designada, para, ao final, obter-se a sentença. Não há peculiaridades na sentença, que também aqui observa os requisitos: relatório, fundamentação e dispositivo.

No que se refere aos recursos, aplicam-se as disposições comuns da jurisdição contenciosa, de sorte que decisões interlocutórias, quando previstas no art. 1.015 sejam atacadas por

agravo, e que a sentença e as decisões interlocutórias não agraváveis (não previstas no rol do art. 1.015) sejam combatidas por apelação.



37.1 INTRODUÇÃO

A execução é uma atividade processual exercida pelo Estado para assegurar a satisfação concreta de um direito de crédito. Com ela, transforma-se a realidade fática, para que reflita o mesmo resultado do cumprimento voluntário da obrigação. Dito com outras palavras: caso o devedor não cumpra voluntariamente seu dever jurídico, será lícito, ao credor, postular em juízo a prática de atos jurisdicionais de agressão patrimonial para garantir o cumprimento do dever, e, com isso, a correlata satisfação do direito de crédito.

Não há relação de dependência entre a execução, aqui descrita como atividade, e a existência de um processo de execução. Afinal, a atividade tanto pode-se dar em processo autônomo de execução como no processo de conhecimento, em fase conhecida como cumprimento de sentença. É importante destacar que, em qualquer dessas duas vias, teremos sempre um processo em curso, e, por essa razão, necessário se faz observar as garantias constitucionais e a incidência das normas fundamentais. Na prática, isso nos permite concluir, por exemplo, que há contraditório na execução, que, como se afirmou em linhas anteriores, integra o próprio conceito de processo.

O sistema atual contempla duas possibilidades de exercício da execução. A primeira se pauta por título executivo judicial, cujo procedimento está regulado entre os arts. 513 e 538 do CPC, sob a denominação: cumprimento de sentença. A segunda se afirma por processo de execução, e hodiernamente se justifica quando o jurisdicionado detém título executivo extrajudicial. As exceções ficam por conta da sentença penal condenatória, da sentença arbitral e da sentença estrangeira homologada pelo STJ. Esses casos, em que pese haver decisão judicial, esta não decorre de atividade jurisdicional cognitiva, desenvolvida em processo de conhecimento, e, por essa razão, são tratados de forma específica pela legislação.

Como instrumentos jurídicos da execução, a doutrina identifica meios coercitivos, em que se almeja persuadir o réu para o cumprimento da decisão judicial. É nesse sentido que se empregam, por exemplo, multas e/ou descontos no rito processual. Já na sub-rogação, o Estado assume a prática do ato destinado à satisfação do crédito, no lugar do devedor. É dizer: atua como se fosse o próprio devedor. Por essa via, praticam-se atos como: a busca e apreensão de coisa certa, no patrimônio do devedor, e sua posterior disponibilização ao credor, pelo Estado-juiz.

Apresentados os meios processuais para a satisfação do crédito, passamos ao estudo das espécies de execução, que sem caráter exaustivo, são dispostas a seguir.

Sob o prisma do título, já se disse que a execução pode ser judicial ou extrajudicial. A primeira pressupõe decisão judicial de natureza condenatória, tal como a sentença civil que impõe, para o réu, a obrigação de indenizar o autor por danos morais, à ordem de quatorze mil reais. A segunda se apresenta pelo processo de execução, e serve como via adequada para quem, desde o início, já detém título executivo extrajudicial, conforme a previsão do art. 784 do CPC/2015.

Observando agora a estabilidade do título, pode-se classificar a execução em definitiva ou provisória. A execução é definitiva quando o título for definitivo, o que verificamos, no cumprimento de sentença, pela formação da coisa julgada. A execução provisória,

por sua vez, decorre de título provisório, o que, no exemplo anterior, viabiliza o cumprimento de decisão judicial condenatória ainda passível de modificação. Para tanto, basta imaginar a execução de sentença condenatória que, uma vez atacada por recurso desprovido de efeito suspensivo, possa ser alterada pelo órgão competente.

Essa classificação, advirta-se, só tem sentido para a segunda fase do processo de conhecimento, quando então se fala em cumprimento de sentença, pois no caso de processo autônomo de execução pautada em título extrajudicial, a atividade, por expressa determinação legislativa, é sempre definitiva.

A execução, provisória ou definitiva, realiza-se nos mesmos autos, todavia, a interposição do recurso pode enviar o processo para o órgão revisor, e, por essa razão, far-se-á necessário instaurar um procedimento no juízo de origem, onde a decisão foi emitida, por meio de petição.

Dada a possibilidade de a atividade executiva causar danos ao réu, e, ao final, ser revertida pelo duplo grau de jurisdição, no julgamento do recurso, o cumprimento provisório demanda uma garantia, caso a hipótese desafie a retomada do *status quo*.

Trata-se, nesse caso, de responsabilidade objetiva, pois, mesmo atuando licitamente, o exequente pode ter que ressarcir o réu pelos prejuízos sofridos, caso haja modificação do título provisório que desautorize a execução.

Por fim, destacamos a execução específica e a compensação por perdas e danos. A especificidade, aqui, traduz o mandamento da tutela adequada, e busca satisfazer o direito do demandante, tal como previsto no título. Assim, por exemplo, contratada a construção de um muro e inobservado o dever, pode o credor ir a juízo pleitear a condenação do devedor (réu), especificamente no que fora contratado: a construção de um muro, que, nesse caso, representa o bem da vida almejado.

A busca por uma tutela adequada, ao que vimos, justifica a flexibilização do procedimento, pelo art. 190, e empresta poderes ao magistrado, que, pelo art. 139, pode adotar medidas executivas atípicas para a satisfação do crédito.

Nesse sentido, destaca-se o pronunciamento da Quarta Turma do STJ, que, sob a relatoria do Ministro Luís Filipe Salomão, entendeu pela necessidade de a Corte estabelecer as diretrizes hermenêuticas para a aplicação das medidas atípicas, a partir da Constituição Federal.

Ainda que a sistemática do Código de 2015 tenha admitido a imposição de medidas coercitivas atípicas, não se pode perder de vista que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que resguarda de maneira absoluta o direito de ir e vir, em seu art. 5º, XV.[297]

ATENÇÃO

No julgamento do RHC 97.876/SP (2018/0104023-6), a Quarta Turma do STJ entendeu que a suspensão do passaporte do devedor, determinada nos autos da execução por título extrajudicial, deflagrada por uma instituição de ensino, para coagi-lo a liquidar a dívida, mostrou-se desproporcional, ilegal e arbitrária, perante a identidade do caso concreto, concluindo pela restituição do documento. Nesse mesmo caso, entretanto, concluiu pela possibilidade e proporcionalidade da medida judicial que determinou a retenção da CNH, ao argumento de que sua capacidade de ir e vir estaria preservada, desde que não o fizesse na condição de condutor.

Todavia, em que pese esse oceano de possibilidades judiciais para forçar o cumprimento voluntário de obrigação específica, não se pode, ao final, constranger alguém a prestar um fato, e, por essa razão, o fracasso de todas as tentativas culmina com a conversão em perdas e danos, já que, nessa modalidade, mesmo diante da resistência injustificada do réu, pode o Estado atuar por sub-rogação, fazer as vezes do réu, e, com isso, efetivar o crédito do

autor. Note que o réu pode resistir à multa, e mesmo a todas as medidas alternativas que, em tese, serviriam de meios adequados para a entrega do bem da vida almejado, mas não poderá resistir à atividade executiva que busca em seu patrimônio, dentro dos limites legais, bens suficientes para o pagamento devido por perdas e danos, que hoje, registre-se, traduz a última via para o cumprimento do dever de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro.

Há, também, a possibilidade de o próprio vencedor manifestar seu desejo pela conversão da execução específica em perdas e danos, quando então será promovida uma liquidação para apurar-se o valor correspondente, e, com isso, a prática de novos atos executivos, como penhora, avaliação e expropriação.

Feitas as considerações introdutórias sobre o conceito e as formas de exercício da execução, seguimos com o estudo dos princípios processuais, com destaque para o desfecho único, a patrimonialidade, a menor onerosidade, o contraditório e a cooperação.

37.2 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

É preciso destacar que a execução, enquanto atividade jurisdicional, se desenvolve mediante um processo. Por isso, sua compreensão, interpretação e aplicação devem seguir as lições constitucionais e as normas fundamentais do CPC.

De início, reconhecemos que o *contraditório* integra o conceito de processo, o que nos permite concluir por sua incidência na execução. Como efeitos práticos dessa premissa, destacamos a necessária citação para que o réu possa compor o polo passivo, e as intimações – cuja função primordial é dar ciência dos atos e termos da dinâmica processual –, feitas no processo autônomo ou no cumprimento de sentença. Ademais, o réu, em qualquer dessas duas vias, pode apresentar defesa.

Garantido o contraditório para a realização da atividade executiva, devemos agora considerar que tudo isso se desenvolve para satisfazer concretamente um direito de crédito. O destino

natural é a realização do credor, e, por isso, é possível falar-se no princípio do *desfecho único*, já que qualquer outro resultado, embora possível, como a extinção sem a resolução do mérito, é anômalo.

Sobre o tema, sinaliza o art. 797 do CPC que: “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

Por essa razão, o exequente pode, a qualquer tempo e sem o consentimento do executado, desistir da execução ou da prática de qualquer ato executivo, nos termos do art. 775 do CPC, o que legitima o princípio da *disponibilidade*.

Se a execução, de fato, é instaurada em benefício do credor, é certo, também, que a atividade estatal recai sobre o patrimônio do devedor, que por sua vez representa a garantia de satisfação do crédito. Fala-se, então, no princípio da *patrimonialidade*. No sentido do texto, o art. 789 do CPC preleciona que: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. A exceção, em nosso ordenamento jurídico, decorre do não pagamento injustificado de pensão alimentícia, o que autoriza, em tese, a prisão civil do devedor. Nesse sentido é a manifestação recente do Superior Tribunal de Justiça, que ressalta a necessidade de demonstração de urgência na prestação dos alimentos, a fim de que se cumpram os requisitos para o deferimento da prisão civil.

Ainda sobre os limites jurisdicionais da satisfação do direito de crédito, incide o princípio da *menor onerosidade*. Trata-se de clássica diretriz processual, que de há muito orienta o exercício da atividade executiva e hoje está consagrada pelo art. 805 do CPC: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. A menor onerosidade, entretanto, quando alegada pelo executado, deve ser evidenciada por outro meio, menos gravoso, para a satisfação do credor. Sobre esse princípio, destaca-se o julgamento do REsp 1.965.973/SP[298] pelo STJ, que assegurou ao credor de dívida garantida por alienação fiduciária de imóvel, que

conta com previsão de procedimento específico para a satisfação do crédito pela via extrajudicial, nos termos da Lei 9.514/1997, o direito de optar pela via judicial, por entender que essa escolha não viola a menor onerosidade. A decisão, advirta-se, vai ao encontro do art. 785 do CPC, que estabelece, diante da existência de título executivo extrajudicial, a possibilidade de a parte buscar a satisfação concreta de seu crédito pelo processo de conhecimento.

Do outro lado dessa equação, é possível falar da *efetividade da execução*, que em linhas anteriores foi mencionada pela busca da tutela específica, pela adaptação do procedimento, e, mesmo, pela adoção de medidas executivas atípicas, referendadas pelo citado art. 139 do CPC.

Por influência das normas fundamentais, também aqui, na execução, observamos o princípio da *cooperação*. Em termos práticos, isso significa que todos os envolvidos devem atuar para uma decisão justa, célere e efetiva.

Em consequência disso, o art. 801 do CPC estabelece para o magistrado um dever de correção sobre a petição inicial do processo de execução: “Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento”. Para o exequente a cooperação estabelece uma série de exigências, instituídas em sua petição inicial para facilitar e viabilizar a atividade executiva, com destaque para a prévia indicação dos bens do executado, o demonstrativo do débito e a taxa de juris aplicada. Para o executado, a cooperação estabelece, pelo art. 774 do CPC, como hipóteses de ato atentatório à dignidade da justiça, a conduta comissiva ou omissiva do executado que: “(I) frauda a execução; (II) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (III) dificulta ou embaraça a realização da penhora; (IV) resiste injustificadamente às ordens judiciais; (V) intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus”.

Também aqui, na atividade executiva, devemos articular as normas fundamentais para viabilizar respostas corretas. Por essa razão, nosso histórico institucional serve de norte hermenêutico para delimitar previamente os limites da interpretação. Em termos práticos, significa dizer, por exemplo, que a percepção da menor onerosidade alegada pelo executado não pode vir acompanhada de alternativas e que essa escolha não se afirma sem o devido contraditório; que a leitura constitucional da efetividade não pode desconsiderar as garantias processuais hoje consagradas no espaço publico, para preservar om mínimo de patrimônio e por ele a própria dignidade do executado. Nessa perspectiva, também é possível evocar meios adequados como a conciliação, para a atividade executiva, se esta for uma via mais célere e racional para a satisfação do direito de crédito.

37.3 COMPETÊNCIA

A competência do juízo pode variar, conforme a execução se paute por título executivo judicial, quando então seguirá como segunda fase do processo de conhecimento, ou, por título executivo extrajudicial, caso em que demandará a formação autônoma do processo de execução. O cumprimento de sentença se desenvolve pelas disposições gerais, estabelecidas pelo art. 516 do CPC, que estabelece respectivamente nos incisos I e II: a competência dos tribunais, nas causas em que atuar originariamente para compor a decisão; do juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; ou, (III) do juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

As duas primeiras hipóteses tratam da competência funcional, vez que o órgão que formou o título é o mesmo que deve proceder à prática dos atos executivos na segunda fase. A terceira e última hipótese, por sua vez, evoca as regras gerais de competência para identificar o juízo competente. Assim, por exemplo, a sentença penal

condenatória deve ser levada para a esfera cível, para posterior execução.

Em que pesem as lições da competência funcional – pública, inderrogável por vontade das partes e conhecida de ofício pela magistratura –, o legislador flexibiliza essa determinação na execução, pois estabelece, pelo parágrafo único do citado artigo, que nas demandas indicadas pelos incisos II e III: “o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

Advirta-se, que a concorrência de foro se justifica pela facilidade de satisfação do crédito, e, por essa razão, sua escolha é feita apenas pelo credor e não por vontade das partes, pactuada por cláusula de eleição de foro.

A indicação do juízo onde será promovida a atividade executiva, pelo cumprimento de sentença, deve ser previamente informada ao juízo originário, para que este promova a remessa dos autos ao juízo outro, preferido pelo autor.

Tratando-se de execução por título extrajudicial, o regime previsto para a competência do juízo é distinto, pois segue os critérios do art. 781 do CPC, com adoção dos critérios gerais de competência, nos termos a seguir: (I) a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos; (II) tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles; (III) sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente; (IV) havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente; (V) a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado.

37.4 REQUISITOS

Vencidos os critérios para identificarmos o juízo competente para a prática dos atos executivos, seguimos para estudar os requisitos necessários para realizar a execução, que, por qualquer de suas duas vias, observa o interesse de agir e a legitimidade como requisitos gerais para a admissibilidade do procedimento.

37.4.1 Legitimidade

Como legitimado ativo originário para promover a execução, o legislador destaca, pelo art. 778 do CPC, o credor, que figure como tal no título executivo. Essa hipótese compreende não apenas os sujeitos identificados nos títulos de crédito, mas também o vencedor, reconhecido na decisão judicial. O Ministério Público também é parte legítima para requerer a execução, nos casos previstos em lei, o que se verifica, por exemplo, no cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública.

Como legitimados ativos secundários, temos o espólio, os herdeiros ou sucessores do credor, sempre que sua morte lhes transmita o direito resultante do título executivo. O cessionário é outro legitimado secundário, que nessa condição se estabelece por transmissão *inter vivos* do título executivo. O mesmo vale para o sub-rogado, seja pela via legal ou convencional.

Os legitimados passivos originários são aqueles assim reconhecidos no título executivo. Já como legitimados secundários, podemos identificar: o novo devedor, que assume a obrigação constante no título, com o consentimento do credor; o fiador do débito, desde que assim já conste no respectivo título extrajudicial; o espólio, os herdeiros ou sucessores do devedor; e, ainda, o responsável tributário.

37.4.2 Interesse de agir: necessidade e adequação

O interesse de agir pressupõe, pela redação do art. 786 do CPC, o inadimplemento do devedor e a existência do título executivo: “A

execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo".

O inadimplemento do devedor traduz o interesse de agir-necessidade, pois até o vencimento, é possível o cumprimento voluntário da obrigação e a consequente satisfação do crédito.

Esse suposto inadimplemento, afirmado pelo autor na inicial, deve estar consubstanciado em documento que demonstre a certeza, a liquidez e a exigibilidade da obrigação, pois, com isso, observa-se o interesse de agir-adequação. Dito com outras palavras: a via executiva, no Brasil, serve como meio adequado para satisfazer direitos de crédito consubstanciados em títulos executivos. Estes, por sua vez, devem atender às exigências mencionadas acima.

A certeza decorre da correta identificação dos elementos da relação jurídica obrigacional: sujeitos (credores e devedores) e objeto (prestação). A liquidez traduz a delimitação do que é devido, referindo-se não apenas ao que, mas ao quanto deve ser entregue, para o cumprimento da obrigação. A exigibilidade, ao final, demonstra a inexistência de modo, termo, condição ou algum outro elemento essencial, que afete a possibilidade de o credor cobrar em juízo a satisfação do seu direito de crédito. No sentido do texto, o art. 803 do CPC dispõe que: "É nula a execução se: (I) o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível".

Em resumo, destaca-se o fato de que a via executiva pressupõe a existência de título executivo. Se o autor, por exemplo, afirma em juízo ter sido vítima de dano moral, será necessário enfrentar a primeira fase do processo de conhecimento, produzir provas, avançar pelas etapas cognitivas para, ao final, caso seu pedido seja julgado procedente, formar um título executivo judicial (aqui demonstrado pela decisão condenatória de entregar quantia certa), e, com isso, cumprir os requisitos para o início da atividade executiva, que, nesse caso, segue como segunda fase do mesmo processo, pelo cumprimento de sentença.

De outro lado, caso o credor já possua o respectivo título, a exemplo do contrato assinado por duas testemunhas, não é necessário enfrentar a primeira fase do processo de conhecimento, já que esta se destina a formar algo que o demandante já possui. Adequado, portanto, será o processo de execução, que hodiernamente se presta para satisfazer créditos consubstanciados em títulos extrajudiciais.

Há, entretanto, a possibilidade de o detentor de um título extrajudicial optar pelo processo de conhecimento, por expressa concessão legal, estampada no art. 785: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. Mesmo considerando a baixa frequência com que se segue esse caminho processual, deve-se registrar que a escolha pelo módulo cognitivo de quem já tenha título extrajudicial elide conclusões pela falta do interesse de agir-adequação.

37.5 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A responsabilidade patrimonial é percebida como a possibilidade de sujeição do patrimônio de alguém à prática de atos executivos, para a satisfação concreta de um direito de crédito. Atente para o fato de que a responsabilidade é apurada já pela possibilidade de afetação, ainda que, na prática, nenhum ato executivo seja praticado.

De modo geral, a responsabilidade recai sobre o patrimônio do devedor, mas o sistema processual admite que outras pessoas respondam pela satisfação do direito, mesmo sem vínculo direto com o cumprimento da obrigação. Assim, por exemplo, o responsável, caso goze de um benefício de ordem, como o fiador, pode ser acionado, citado e mesmo condenado por decisão judicial, sem que qualquer de seus bens, ao final, seja afetado no cumprimento de sentença, caso os bens do devedor sejam suficientes.

Devemos, portanto, identificar e diferenciar as noções de obrigação e responsabilidade para, logo em seguida, compreender quem pode, em tese, tolerar invasão patrimonial durante o exercício da atividade executiva, a partir de que momento isso é possível, e, quais os requisitos para isso.

De início, sinaliza-se o fato de que a obrigação é objeto de estudo do direito civil. Normalmente decorre da prática de atos jurídicos, tais como a assinatura de um contrato, ou mesmo da prática de ato ilícito, a exemplo do dano causado por ofensa moral. Nesse sentido, conclui-se que a obrigação surge pela contração do débito, em momento anterior ao da responsabilidade, que surge em decorrência do inadimplemento.

A responsabilidade, por sua vez, se estabelece entre o indivíduo e o Estado, que em exercício de jurisdição, pode invadir-lhe o patrimônio para assegurar o direito de crédito. Em que pesem as teses em sentido contrário, que afirmam a natureza material da responsabilidade patrimonial, em função da proposta didática deste curso, segue-se entendimento majoritário na doutrina processualista, compreendendo-a como relação travada entre o indivíduo e o Estado, o que pressupõe, por sua vez, a existência do processo, seja ele cognitivo ou autônomo de execução. Sobre o tema, eis a redação do art. 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Na prática, isso significa que a responsabilidade só incide com a formação do processo, que serve como marco inicial para a possibilidade de afetação do patrimônio da parte, à prática dos atos executivos. Significa também, que dívida e responsabilidade não se confundem, são institutos distintos, e, por essa razão, é possível haver dívida sem responsabilidade, como se verifica nas obrigações naturais a exemplo da dívida de jogo, e, responsabilidade sem dívida, tal como se constata no caso do fiador, que mesmo não sendo devedor, pode ter o patrimônio afetado, durante a dinâmica processual, para a satisfação concreta do crédito, caso o devedor não tenha bens suficientes para suportar a execução.

Sobre o tema, destacam-se as Súmulas 268 e 549 do STJ. A primeira dispõe que a ausência do fiador, na relação processual da ação de despejo, impede que o mesmo responda pela execução do julgado. A segunda, por sua vez, afirma ser válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

37.6 BENS SUJEITOS À RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Retomando-se a lição sobre a responsabilidade, é possível afirmar que o devedor responde, como responsável primário pela satisfação do crédito, com seus bens presentes e futuros. É certo que a possibilidade de sujeição do patrimônio, em tese, alcança todos os bens existentes no momento de formação da relação processual e os que forem adquiridos no caminho. Há, todavia, uma série de limitações impostas por lei, que sob os mais variados argumentos constitucionais, filosóficos e materiais, sinalizam vários bens não sujeitos à execução. São bens não sujeitos à penhora, que, como ato executivo mais comum, serve de garantia para a satisfação do crédito.

Seguindo as referências legislativas, destacamos o art. 833 do CPC, que estabelece, como bens absolutamente impenhoráveis:

> I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
> II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
> III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
> IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e

de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
VI – o seguro de vida;
VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

A impenhorabilidade, entretanto, não é absoluta. Não pode, por exemplo, ser oposta à execução instaurada para a satisfação de crédito decorrente do próprio bem, a exemplo do crédito condominial, decorrente do não pagamento das respectivas quotas. Outras exceções são sinalizadas pelos créditos de natureza alimentar e aqueles créditos excedentes a 50 salários mínimos, que se sobrepõem às regras estabelecidas pelos incisos IV e X do citado artigo.

Como bens relativamente penhoráveis, por força do art. 834, destacam-se elementos patrimoniais que podem ou não ser penhorados, conforme a capacidade geral do executado de satisfazer o direito de crédito.

Nessa condição, são relativamente penhoráveis os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis. Perceba que, nesse caso, já há impenhorabilidade absoluta, em razão do art. 833, I, do CPC. Não

havendo, entretanto, nada mais passível de penhora no patrimônio do devedor ou responsável, seus frutos e rendimentos podem ser afetados para a satisfação do direito de crédito.

Encerramos estas considerações com a Lei 8.009/1990, que estabelece regime diferenciado para proteger o bem de residência do executado ou de sua família. Sobre o tema, assim se manifesta o legislador em seu art. 1º, ao tratar da impenhorabilidade: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

Essa impenhorabilidade abrange as construções, plantações, os equipamentos comuns e de uso profissional, as benfeitorias de qualquer natureza e os móveis que componham a casa, e não reclama manifestação do devedor, que pode, ainda, estabelecer a impenhorabilidade de forma convencional, por escritura pública, nos termos do art. 1.711 do Código Civil.

A proteção do imóvel residencial, registre-se, não depende de expressão econômica, podendo o executado ter um único bem de alto valor, já que a impenhorabilidade aqui se estabelece para assegurar o direito à moradia. Deve-se, entretanto, observar a ressalva dessa impenhorabilidade, se: os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado ultrapassarem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; ou se os vestuários ou os pertences de uso pessoal do executado forem de elevado valor.

Não se exige que o indivíduo more no imóvel residencial de família, que pode perfeitamente servir como fonte de renda, proveniente de aluguel, justificando, assim, uma morada em lugar diverso.

Sobre a percepção do termo família, para efeito de proteção patrimonial, eleva-se a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, que, de forma pragmática, sustenta: “O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também as pessoas solteiras, separadas ou viúvas”.

Sem prejuízo de todo esse tratamento específico, convém sinalizar que o art. 3º da Lei 8.009/1990 excepciona a impenhorabilidade, ao prever, em seus incisos, hipóteses de penhora do imóvel residencial para o cumprimento da obrigação, tais como: a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; ou, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Ainda sobre o bem de família, é importante observar que nossa jurisprudência vem se consolidando de forma a permitir que o próprio devedor, em quaisquer das hipóteses de impenhorabilidade, possa dispor desse benefício, permitindo, assim, a penhora do bem.

ATENÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contratos de locação residenciais e comerciais. A decisão foi tomada na sessão virtual concluída no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.307.334, com repercussão geral (Tema 1.127).

37.7 ALIENAÇÕES FRAUDULENTAS

Alienação fraudulenta é gênero, que congrega duas espécies: fraude contra credores e fraude à execução. A primeira atenta contra os interesses dos credores e suas disposições são apresentadas pelo Código Civil, no capítulo destinado aos defeitos do negócio jurídico. A segunda atenta contra a efetividade da jurisdição, sendo regulada pelo Código de Processo Civil. Em qualquer das hipóteses, constata-se violação que deve ser combatida pelo ordenamento jurídico.

A fraude contra credores, também conhecida como fraude pauliana, demanda dois requisitos. O primeiro, objetivo, pressupõe alienação ou oneração que implique redução do devedor à condição

de insolvente civil. O segundo, subjetivo, demanda potencial consciência dessa insolvabilidade, como resultado da redução patrimonial.

O requisito objetivo (dano) é constatado, por exemplo, em vendas de imóveis por preços substancialmente abaixo do valor de mercado, fazendo com que o devedor-alienante, em razão desse ato, deixe de ter patrimônio suficiente para suportar futura execução, para a satisfação dos seus credores.

Já a potencial consciência da insolvabilidade (*consilium fraude*), enquanto requisito para a demonstração da alienação fraudulenta, será bilateral, quando a transação for onerosa, envolvendo as partes aqui representadas pelo devedor-alienante e o terceiro-adquirente. Será, entretanto, unilateral, quando o ato for gratuito, quando então se exige apenas a potencial consciência do devedor-alienante. Nesse sentido, eis a redação do art. 158 do Código Civil: “Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”.

É certo que o devedor não sofre, diretamente, limitações em sua capacidade civil para administrar os bens, em razão dos deveres assumidos perante os credores, e, por essa razão, tanto a alienação quanto a oneração de bens produzem, inicialmente, os efeitos previstos na legislação. Essa mesma regularidade, de outro lado, justifica o instituto da fraude contra credores, cuja finalidade imediata é desconstituir ao menos um dos efeitos produzidos pela alienação: a retirada do bem do campo de incidência da responsabilidade patrimonial. Explique-se: a alienação, normalmente, produz dois efeitos. O primeiro consiste na transferência de propriedade. O segundo, não tão facilmente percebido, é a retirada do bem do campo da responsabilidade patrimonial, que, dessa forma, nem em tese, pode mais ser afetado para a satisfação dos credores em futura execução, vez que o bem, alienado, agora integra o patrimônio de terceiro.

Sobre o tema, tanto a lei civil como o art. 790, VI, do CPC falam em anulabilidade do ato praticado, se for caracterizada a fraude

contra credores. Sem prejuízo disso, seguimos, neste ponto, lições contrárias e hoje consagradas na doutrina nacional, que conclui pelo equívoco legislativo e afirma, para a hipótese, uma causa de ineficácia (e não invalidade) do ato fraudulento.[299]

Em decorrência dessa opção acadêmica, podemos afirmar que a alienação fraudulenta, feita em detrimento dos credores, produz, originalmente, todos os efeitos almejados, e, portanto, elide que qualquer atividade executiva possa alcançar o bem alienado, sem que antes se promova uma ação de conhecimento, dando origem a um processo de conhecimento para, mediante atividade cognitiva, demonstrar o dano e a fraude. Assim, será possível desconstituir o segundo efeito da alienação, e, com isso, legitimar que o bem, mesmo no patrimônio do terceiro-adquirente, seja afetado para a satisfação dos credores do devedor-alienante.

Esse caso reclama sentença constitutiva, que, ao final, extingue a produção do efeito secundário da alienação, que por intervenção judicial é declarado ineficaz.

A partir daí,

> Reconhecida a ineficácia da alienação fraudulenta, o bem – que permanece no patrimônio do adquirente, já que não terá havido a anulação do negócio jurídico – poderá ser penhorado em execução movida contra o devedor que o alienara fraudulentamente.[300]

A fraude à execução, que neste curso é percebida como segunda espécie de alienação fraudulenta, atenta contra a jurisdição e a efetividade da execução. Sua ocorrência pressupõe que sobre o bem, objeto da alienação, exista demanda fundada em direito real ou pretensões reipersecutórias, cuja pendência tenha sido averbada no registro público, se houver.

As hipóteses são ventiladas pelo art. 792 do CPC, nestes termos:

> I – quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do

processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;
II – quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;
III – quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;
IV – quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;
V – nos demais casos expressos em lei.

O primeiro caso de fraude à execução decorre da alienação de bem sobre o qual já exista demanda real ou reipersecutória. A ação real ou reipersecutória tem por referência o art. 1.225 do CC, e se caracteriza pela natureza obrigacional, que, diante do descumprimento, autoriza o credor a restituir o *status* anterior, pela restituição do bem ou mesmo a retomada da posse. Note-se, por exemplo, o contrato de compra e venda de bem determinado, cujo pagamento parcelado deixa de ser honrado e, por consequência, justifica que o vendedor-credor acione o Judiciário para reaver o objeto alienado.

Atente para o fato de que, uma vez proposta a demanda, a hipótese traduz alienação de coisa litigiosa, e por essa razão, ainda que o devedor possua outros bens em seu patrimônio e seja solvente, teremos fraude à execução. Para tanto, como destaca o legislador, o demandante deverá averbar a pendência do processo no respectivo registro, se houver, que tanto pode ser de imóveis ou móveis.

Com essa exigência de averbação da pendência do processo, afasta-se a presunção de que o terceiro adquirente estava de boa-fé. Do contrário, o terceiro deve ser protegido, pois a ausência de qualquer registro, ao tempo que impossibilita o conhecimento do adquirente, também descaracteriza a fraude, e, portanto, não legitima qualquer restrição em seu patrimônio.

A segunda hipótese de fraude à execução ocorre quando a alienação ou oneração é feita quando já há averbação no registro do

bem, informando a pendência de processo de execução. Atente que essa disposição só incide sobre as execuções pautadas em títulos extrajudiciais, consoante a redação do art. 828 do Código de Processo Civil, que, por sua vez, estabelece a possibilidade de o exequente obter certidão de que fora admitida execução, com a respectiva identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, veículos ou outros bens, passíveis de penhora, arresto ou indisponibilidade.

Uma vez efetivada, a averbação deve ser comunicada ao juízo no prazo de dez dias, sendo considerada fraude à execução qualquer oneração ou alienação de bens, efetuada em momento posterior.

Se, no curso da execução, forem penhorados bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente deverá providenciar o cancelamento das averbações referentes aos bens não penhorados, mas inicialmente afetados, com o intuito de evitar a fraude, no prazo de dez dias.

A terceira hipótese de fraude à execução decorre de alienação ou oneração sobre bem, em momento posterior à averbação de hipoteca judiciária ou qualquer outro ato de constrição judicial, originário do processo em que foi arguida a fraude.

Deve-se notar que mesmo com determinação judicial que autoriza constrições, tais como a penhora, o devedor não perde a propriedade nem a possibilidade de alienação, que, nesse caso, traduz-se pela alienação de bem penhorado. Ocorre que, com a averbação, terceiro adquirente não pode sustentar a boa-fé, vez que no ato originário, de transmissão, sabia do gravame e dos riscos inerentes.

Por último, dispõe-se que caracterizam fraude à execução alienações ou onerações feitas quando, sobre o devedor-alienante, tramitava ação capaz de reduzi-lo à insolvência.

Sobre o tema, faz-se necessário destacar que essa hipótese pressupõe que a alienação fraudulenta não se enquadra em nenhum dos incisos anteriores, vez que, aqui, trata-se apenas da existência de demanda, com aptidão para provocar a insolvência do devedor, sem que para tanto, exija-se do autor, qualquer providência

judicial de constrição, tal como a penhora, ou mesmo a averbação de processo de execução, afinal nessas duas hipóteses, já teríamos salvaguardado a efetividade da execução, sendo desnecessária a previsão do art. 792, IV. O mesmo raciocínio se impõe para as obrigações de entregar coisa, já protegidas pelo inciso I do mesmo dispositivo.

Aplica-se, portanto, nos casos em que a atividade executiva é exercida em processo de conhecimento, seja em sua primeira fase, cognitiva, ou na segunda fase, de cumprimento de sentença, excluindo-se, por óbvio, as demandas reais ou com pretensões reipersecutórias.

37.8 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A decisão judicial condenatória será líquida quando definir todos os elementos da norma, aqui empregada como o resultado final do processo hermenêutico de compreensão, interpretação e aplicação. Tratando-se do direito de crédito a ser efetivado pela atividade executiva, a decisão precisa certificar: a existência da dívida; a quem é devida a prestação; quem deve; o que é devido; e, ainda, nos casos em que o objeto é suscetível de quantificação – tal como acontece com bens fungíveis –, a quantidade devida.

Como dito em linhas anteriores, a atividade executiva pressupõe a existência de título executivo que, por sua vez, demanda os seguintes requisitos: certeza, exigibilidade e liquidez. Quanto ao processo de execução, pode-se afirmar que essa via pressupõe a liquidez, já que, sem esse atributo, compromete-se a existência do título extrajudicial, e, com ele, a possibilidade de o demandante seguir por tal via processual. Dito com linhas mais simples: o título executivo extrajudicial será sempre líquido.

O título executivo judicial, aqui representado por qualquer decisão judicial condenatória, pode ser ilíquido. É dizer: tanto as sentenças condenatórias para a entrega de quantia como as sentenças para a entrega de coisa. Em qualquer dessas duas hipóteses, portanto, admite-se a liquidação, que, no primeiro caso,

identificará o *quantum debeatur*, e, no segundo, a prévia identificação da quantidade, volume ou medida.

Em que pese ser esse o entendimento majoritário da doutrina nacional, dispõe, equivocadamente, o art. 509 do CPC que: “Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor”. Ressalta-se, portanto, em sentido contrário ao disposto pela legislação, a possibilidade de decisões ilíquidas também quando a condenação judicial não define a quantidade das coisas.

Retomando-se a lição sobre a exigência de liquidez para viabilizar o exercício da atividade executiva, podemos conceituar a liquidação de sentença como a atividade judicial cognitiva por meio da qual se almeja completar a norma jurídica produzida para o caso concreto, atribuindo-lhe o predicado de liquidez.

Muito embora o ordenamento não priorize a entrega de decisões ilíquidas, que, em termos práticos, pouco contribui para a efetividade do direito de crédito, há que se admitir sua presença em algumas hipóteses legais. Assim, por exemplo, justifica-se a liquidação de sentença para completar decisões proferidas com lastro em pedidos genéricos, amparados pelo art. 324 do CPC, ou ainda, quando a conversão de obrigação, inicialmente pactuada numa obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa, por uma eventual impossibilidade prática, como a perda de bem infungível, tenha que ser convertida em perdas e danos.

Acerca do objeto da liquidação, deve-se observar que a cognição não permite, ao juiz, conhecer de fatos já considerados durante a instrução que precedeu a sentença, ou mesmo modificá-la, ao final da liquidação.

A liquidação pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor, pois ambos gozam de legitimidade. A disposição se justifica, pois não apenas o credor tem direito de cumprir as exigências legais para o início da atividade executiva, como também o devedor goza do direito de liquidar o título, viabilizando, assim, o cumprimento da obrigação e a extinção de sua dívida.

A falta de liquidez, advirta-se, não decorre de apuração que demanda meros cálculos aritméticos, pois nesses casos, consoante

o art. 509, § 2º, do CPC, o credor poderá promover desde logo o cumprimento de sentença.

Duas são as espécies de liquidação previstas na legislação processual civil. A primeira, por arbitramento, se presta para apurar o *quantum debeatur*, quando todos os elementos necessários já estiverem nos autos, restando apenas, para sua conclusão, a produção de prova pericial.

Nesse caso, após requisição de qualquer dos legitimados, o juiz deverá intimar ambas as partes para apresentação dos pareceres ou documentos que possam elucidar a questão, no prazo que fixar. Se forem suficientes as informações ventiladas nos documentos, o magistrado pode até dispensar a perícia. Do contrário, nomeará o perito, observando, sempre que possível, o procedimento comum para a produção da prova pericial. Ao final, decide-se pelo valor devido, viabilizando, com isso, eventual exercício de atividade executiva, que segue, nessa hipótese, como terceira fase do processo de conhecimento, já que a primeira foi cognitiva, e, a segunda, como extensão dessa mesma atividade, foi destinada à liquidação.

A segunda espécie de liquidação prevista no CPC é a do procedimento comum, e serve aos casos em que a apuração do valor devido depende de alegação e prova de fato novo. Como segunda fase do processo de conhecimento, a liquidação tem limitação da matéria apurada pelo Judiciário, que aqui se presta apenas a discutir fatos relevantes e relacionados ao valor da obrigação, não sendo permitido provocar discussões sobre fatos já decididos. É dizer: no procedimento comum da liquidação de sentença, se exerce cognição sobre fato ocorrido antes da sentença, mas inédito para a apreciação judicial, com relação direta para a determinação do valor.

Requerida a liquidação por essa modalidade, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que ele estiver vinculado, para contestar as alegações, no prazo de quinze dias, seguindo-se, a partir desse momento, o rito comum. Na prática, isso significa: que a ausência de contestação implica revelia e a possível presunção de que os

fatos alegados na petição da liquidação são verdadeiros; que a instrução probatória admite todos os meios de prova, com eventual audiência de instrução e julgamento.

Por qualquer das duas espécies de liquidação, temos uma fase cognitiva intermediária entre a sentença e a execução. Resgatando o conceito de sentença, já devidamente delimitado em linhas anteriores, é possível afirmar que a decisão que resolve a liquidação, em verdade, é uma sentença, pois com ela encerramos o módulo cognitivo e viabilizamos a fase seguinte, para seu cumprimento forçado. Não é essa, entretanto, a lição legislativa, que estabelece, expressamente, pelo art. 1.015, parágrafo único, ser essa uma decisão interlocutória, passível de revisão por manejo do recurso de agravo de instrumento.

É certo que a decisão judicial proferida na liquidação determinará o valor da obrigação, como consequência dos fatos, alegações e provas produzidas durante o procedimento, mas também é possível que, ao final, pela insuficiência de provas, a liquidação seja extinta sem que se tenha apurado o *quantum debeatur,* o que não impede novo requerimento, já que somente a decisão que declara o valor devido pode não mais ser discutida, pelo esgotamento dos respectivos recursos.

Deve-se registrar a possibilidade de a liquidação concluir pelo valor zero da obrigação. Há, na doutrina, considerável divergência sobre o tema. Todavia, seguimos nesse ponto doutrina majoritária, que conclui pela possibilidade de o magistrado, após a produção da prova na liquidação, declarar a inexistência do valor. Veja-se, por exemplo, que a sentença penal condenatória – enquanto título executivo judicial –, proferida na esfera criminal, deve ser liquidada na esfera cível, quando então, o magistrado, diante das particularidades do caso, pode concluir pela inexistência de dano e, por consequência disso, atribuir valor zero à liquidação de sentença.

Em que pese a liquidação de sentença ser compreendida como fase cognitiva, é possível que sua natureza seja distinta, sendo definida como processo de conhecimento autônomo. Para tanto, basta retomar o exemplo da sentença penal condenatória, que em eventual liquidação, na esfera cível, começará com petição inicial,

seguindo as regras gerais de competência para a propositura da demanda.

Encerra-se este capítulo, com destaque para a liquidação de sentença genérica, proferida em ação civil pública, em prol de interesses individuais homogêneos. Perceba que, nessa hipótese, a legislação confere legitimidade extraordinária ao Ministério Público, por exemplo, para demandar em juízo a proteção de direitos que perpassam a individualidade de um único titular, e, por essa razão, a sentença, ao final, pode julgar o pedido de indenização procedente sem nem ao menos identificar todos os reais prejudicados ou a própria extensão dos danos. Para ilustrar essa possibilidade, imagine um número indeterminado de consumidores prejudicados pela venda de um lote vencido de determinado alimento, ilegalmente oferecido em uma determinada rede de supermercados. Uma vez concluída a instrução e exarada a sentença, a liquidação será feita, caso a caso, individualmente, quando a vítima deverá demonstrar essa condição, e, ainda, a gravidade dos danos decorrentes do consumo de alimentos vencidos.

Também aqui, a liquidação de sentença demandará a formação de um processo autônomo, cuja legitimidade ativa será das vítimas individuais, que, ao vencerem a demanda, gozarão de título executivo, consubstanciado em sentença condenatória e líquida, para viabilizar a atividade executiva no cumprimento de sentença.

EXECUÇÃO: PARTE GERAL	
Conceito	A execução é uma atividade processual, exercida pelo Estado para assegurar a satisfação concreta de um direito de crédito.
Finalidade	Transformar a realidade fática, para que reflita o mesmo resultado do cumprimento voluntário da obrigação.
Classificação	**Natureza do título:** judicial ou

	extrajudicial. **Tipo de obrigação:** fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta, ou quantia certa contra devedor solvente ou insolvente. **Estabilidade:** provisória ou definitiva. **Rito:** comum ou especial. **Estrutura:** cumprimento de sentença ou processo de execução. Obs.: Embora o processo de execução se destine aos títulos extrajudiciais, admite-se que o autor, portador desse título, opte pelo processo de conhecimento.
Princípios da execução	Contraditório; desfecho único; patrimonialidade; menor onerosidade; efetividade; cooperação.
Competência para o cumprimento de sentença	Funcional, com ressalvas feitas às execuções cíveis de sentenças penais condenatórias, sentenças arbitrais, decisões estrangeiras ou acórdãos do Tribunal Marítimo.
Competência para o processo de execução	Territorial, com orientação dada pelos arts. 781 e 782 do CPC.
Requisitos	**Interesse de agir:** inadimplemento do devedor e existência de título executivo.

	Legitimidade ativa: o credor, o MP, o espólio, os herdeiros ou sucessores do credor, o cessionário ou o sub-rogado, pela via legal ou convencional. **Legitimidade passiva:** aqueles assim reconhecidos no título executivo, o novo devedor, o fiador do débito, o espólio, os herdeiros ou sucessores do devedor e o responsável tributário.

[297] Voto disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>.

[298] A íntegra do acórdão está disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2137095&num_registro=201901559091&data=20220222&formato=PDF>.

[299] Nesse sentido, consulte-se CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

[300] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 341.



38.1 INTRODUÇÃO

Vencida a parte geral da execução, passamos ao estudo do procedimento processual, previsto em lei, para o exercício da atividade executiva, pautada em título judicial.

O cumprimento de sentença, hoje regulado entre os arts. 513 e 538 do CPC, é o procedimento executivo adequado para a satisfação concreta do direito de crédito, consubstanciado em título judicial. Trata-se, portanto, de sentença condenatória, dotada de certeza, exigibilidade e liquidez.

Sua natureza jurídica, como se pode deduzir, é de mera fase do processo de conhecimento. Por essa razão, o art. 513, § 2º, do CPC nos informa que o devedor será intimado para cumprir a sentença.

Há, contudo, ao menos quatro hipóteses em que a atividade executiva, legitimada por título judicial, segue como processo autônomo de execução, conforme expressa previsão do art. 515, § 1º, do CPC. São elas: a execução pautada em sentença penal condenatória transitada em julgado; a sentença arbitral; a sentença estrangeira homologada pelo STJ; e, a decisão interlocutória estrangeira, que, após concessão do *exequatur*, segue por carta rogatória ao STJ. Nesses casos, em decorrência de sua natureza

jurídica, o referido dispositivo sinaliza que o réu é citado no juízo cível para o cumprimento da decisão ou sua liquidação.

Enquanto processo autônomo, estabelecido para as hipóteses citadas acima, é necessário que o Estado seja provocado, pelo exercício do poder de ação, com a respectiva petição inicial, que aqui serve de instrumento da demanda para deflagrar o surgimento da relação jurídica. Vigora, nessa hipótese, o princípio da inércia.

Já no que se refere ao cumprimento de sentença como mera fase do processo de conhecimento, consagra-se o princípio do impulso oficial, de sorte que o magistrado, de ofício, possa determinar prazos para o cumprimento voluntário, multas diárias pelo descumprimento, e, ainda, medidas de apoio que possam assegurar o resultado prático equivalente. A ressalva se faz, apenas, para o cumprimento de sentença que condene o réu a pagar quantia certa, que demanda manifestação do exequente, mediante petição incidente, para com ela, iniciar-se a atividade executiva. Nesse caso, excepcionalmente, aplica-se o princípio da inércia e não o do impulso oficial.

Tratando-se do cumprimento de sentença que condena o réu a qualquer das obrigações: fazer, não fazer, entregar coisa ou dinheiro, destacam-se dois requisitos: a existência de título executivo judicial, e, ainda, o inadimplemento do devedor, que já condenado, goza de prazo para o cumprimento voluntário da obrigação.

Sobre o tema, devemos compreender os dois procedimentos apresentados pelo legislador para a satisfação do crédito. O primeiro deles aplica-se para o cumprimento de sentença que o condena ao pagamento de quantia certa em face de devedor solvente. O segundo regula o cumprimento de sentença das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, que, desde o início, apresentam diferenças sobre a necessidade ou não de manifestação do exequente, e seguem por técnicas legislativas distintas para assegurar a satisfação do crédito.

38.2 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA NO PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

PETIÇÃO DO EXEQUENTE: Esse procedimento executivo começa por iniciativa do exequente, que, mediante petição, requer do Estado a intimação do executado para o pagamento voluntário, no prazo de quinze dias, sob pena de suportar a atividade executiva, com a consequente penhora e avaliação dos bens sujeitos à responsabilidade patrimonial. É certo que como aqui não se inaugura novo processo, mas uma segunda fase do processo de conhecimento, a inicial não segue as mesmas diretrizes dos arts. 319 e 320 do CPC, mas observa alguns requisitos específicos, a saber:

> Art. 524. (...)
> I – o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado, observado o disposto no art. 319, §§ 1º a 3º;
> II – o índice de correção monetária adotado;
> III – os juros aplicados e as respectivas taxas;
> IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;
> V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;
> VI – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados;
> VII – indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

Caso o valor indicado no demonstrativo exceda os limites da condenação, adverte o legislador que a atividade executiva se inicia sobre o valor demonstrado, mas a penhora só incide sobre o valor que o juiz entender adequado.

Sem prejuízo da adequação, entendemos, pelas premissas estabelecidas nos vetores hermenêuticos, que a conclusão judicial não pode se esquivar de seguir a quantia discriminada, sem prévia demonstração de inconsistência, equívoco ou má-fé do exequente, que também nessa fase do processo deve ter assegurado seu direito à fundamentação das decisões e conclusões judiciais. Por essa razão, suposta verificação dos cálculos apresentados na exordial deve passar por análise do contabilista do juízo, que no prazo máximo de trinta dias, se outro prazo superior não lhe for disposto, poderá embasar a discordância judicial.

Deve-se ainda observar que cabe ao exequente, em sua petição, indicar bens no patrimônio do devedor, para eventual penhora, caso o pagamento não seja feito no prazo legal. Caso contrário, em não os indicando, o oficial de justiça promoverá diligências para localizar bens penhoráveis.

Cumpridos os requisitos formais do requerimento para o início do cumprimento de sentença, segue-se a comunicação do réu para o pagamento voluntário.

INTIMAÇÃO: O termo inicial decorre da intimação, que, como ato de comunicação, necessário para assegurar ciência dos atos e termos processuais, nesse caso, dirige-se ao executado, na pessoa de seu advogado, por meio de publicação no *Diário de Justiça*. Na hipótese de o executado não possuir patrono constituído nos autos ou ser representado pela Defensoria, a intimação, pessoal, se fará pelo correio, mediante expedição de carta com aviso de recebimento.

A preferência legislativa por essa forma de intimação (publicação no *DJ*) tem razões de ordem prática, pois facilita a comunicação, e, com isso, a abertura do prazo para o pagamento voluntário. Essa disposição, entretanto, sofre alteração se o exequente requerer a intimação em prazo superior a um ano após o trânsito em julgada da decisão, quando então a comunicação se fará pelo correio, na pessoa do próprio devedor.

Caso o cumprimento seja instaurado em face de empresas públicas ou privadas, que, por foça do art. 246, § 1º, são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, a

intimação será feita por esse meio, com ressalva para as microempresas e empresas de pequeno porte.

PRAZO: O prazo legal para o cumprimento voluntário consiste em quinze dias. Sua contagem considera apenas os dias úteis, pois se trata de prazo processual.

Em que pesem as considerações sobre a tutela adequada e a isonomia material, o procedimento estabelecido para o pagamento de quantia certa contra devedor solvente desconsidera as nuances da faticidade e impõe, sobre qualquer identidade, o mesmo prazo.

MULTA E HONORÁRIOS: O cumprimento da obrigação no prazo legal, acrescidas as custas, se houver, implica satisfação do crédito e a conseguinte desnecessidade de qualquer atividade executiva, encerrando-se aqui o processo de conhecimento. De outro lado, o descumprimento justifica, logo de início, a incidência de multa, fixada em 10% do valor da condenação, e 10% de honorários advocatícios.

Na hipótese de haver pagamento parcial, no prazo estabelecido para o cumprimento voluntário, tanto a multa como os honorários incidirão sobre o valor restante.

Sobre os honorários advocatícios devidos no cumprimento de sentença, deve-se ainda esclarecer que estes não se confundem com os honorários fixados na sentença condenatória, conforme entendimento já consagrado pela Súmula 517 do STJ.

PROTESTO DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO: A uniformidade do procedimento, adotado no cumprimento de sentença para o pagamento de quantia certa, afasta-se da identidade da causa, pois estabelece, previamente, prazos, multas e medidas executivas, ao custo, muitas vezes, de uma resposta específica e mais eficiente. Note-se, por exemplo, que a falta de bens passíveis de penhora compromete, quase que por completo, a possibilidade de satisfação do crédito.

Em decorrência do que aqui se afirma sobre a necessidade de diálogo com a faticidade, é possível compreender as razões legislativas para empregar outras medidas executivas, que ao lado da tradicional penhora e avaliação, são eficientes para a satisfação do crédito. Nesse sentido, o art. 517 do CPC preleciona que: “A

decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523".

A efetivação do protesto, como se pode observar, pressupõe o esgotamento do prazo para o cumprimento voluntário, e deve ser promovida pelo exequente, mediante apresentação de certidão do teor da decisão.

A certidão, por sua vez, deve ser fornecida pelo juízo no prazo de até três dias, com a qualificação do exequente e do executado, o número do respectivo processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para o cumprimento voluntário. Satisfeito o crédito, o executado poderá requerer, ao juízo, expedição de ofício ao cartório correspondente, no prazo de três dias, para cancelamento do protesto.

MANDADO DE PENHORA E AVALIAÇÃO: Esgotado o prazo para o pagamento voluntário, o débito será acrescido de multa de 10% e também de honorários, a ordem de 10%. Em seguida, independentemente de intimação, abre-se um novo prazo de 15 dias, dessa vez, para o oferecimento da defesa do executado, e, também, a expedição do mandado de penhora e avaliação, nos termos do art. 523, § 3º, do CPC: "Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação".

Tanto aqui como no processo de execução, a penhora e a avaliação seguem as mesmas diretrizes. Não há, na lei processual, nenhuma especificidade no cumprimento de sentença, que, por essa razão, segue as lições gerais, apresentadas pelo art. 771, para a execução de títulos extrajudiciais. Quando do estudo desse tema, portanto, trataremos de seu conceito, características, requisitos, objetos e efeitos.

38.3 DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Resgatando-se o que já se afirmou sobre a classificação da execução, podemos concluir que o cumprimento de sentença provisório se afirma como tal em função da estabilidade do título. Trata-se, portanto, de execução pautada em título não definitivo, aqui percebido por sentença condenatória impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo.

O procedimento, de modo geral, coincide com o cumprimento de sentença definitivo, com exceção de poucas regras específicas. A primeira delas destaca que a atividade executiva corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que, nessa condição, pode eventualmente ressarcir o réu pelos prejuízos sofridos, se a decisão, ao final, for reformada ou anulada. Por isso, determina o art. 520, IV, do CPC, que o levantamento de depósito em dinheiro, assim como a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais se vislumbre a possibilidade de dano grave ao executado, dependem da oferta de caução idônea, arbitrada de ofício pelo juiz e prestada nos próprios autos do processo.

Nessa hipótese, a execução fica sem efeito, devendo-se restituir o *status* anterior, com eventual liquidação para apurar a extensão dos danos sofridos pelo executado.

O cumprimento provisório de sentença deve ser instaurado por requerimento do exequente, em petição, dirigida ao juízo competente, que contenha: a decisão exequenda; a certidão de interposição do recurso sem efeito suspensivo; as procurações outorgadas pelas partes; a decisão de habilitação, se esse for o caso; e, ainda, facultativamente, outras peças que na avaliação do exequente sejam importantes para demonstrar a existência do débito.

Também nessa fase de cumprimento provisório, advirta-se, são devidos honorários advocatícios e, sobre o valor da condenação acertada na sentença, incide a multa pelo não cumprimento voluntário. Para evitar isto, pode o réu comparecer em juízo para efetuar o depósito do valor exequendo, que, nessa circunstância, não implica preclusão lógica sobre a faculdade de se interpor recurso, em momento posterior. Note que o depósito não decorre da anuência do réu com a condenação, mas sim da vontade expressa de se esquivar da incidência da multa.

Encerradas as considerações sobre a cumprimento provisório, cujas lições servem subsidiariamente para o cumprimento de sentença que condena nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, quando a decisão não for definitiva, seguimos para o estudo do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública.

38.4 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A expressão Fazenda Pública abrange a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas. Quando qualquer deles for credor, a via adequada será a execução fiscal. De outro lado, quando forem devedores, responderão pela satisfação do direito, tanto por processo autônomo como por cumprimento de sentença, conforme a hipótese trate de título judicial ou extrajudicial. Nesse sentido, destaca-se a Súmula 279 do STJ: “É cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

Tratando-se de cumprimento de sentença condenatória, o exequente deve apresentar demonstrativo atualizado com a discriminação do crédito em sua petição, que conterá também: o nome completo e o número de inscrição no CNPJ ou CPF; o índice de correção monetária; os juros aplicados; o termo inicial e final dos juros e da correção; a periodicidade da capitalização dos juros, se o

caso assim permitir; e, a especificação de eventuais descontos obrigatórios realizados. Tudo com base na redação do art. 534 do CPC. Se o caso concreto trouxer mais de um credor, cada um deles apresentará seu respectivo demonstrativo.

Destaca-se o fato de a Fazenda Pública ser intimada, não para efetuar o pagamento, mas sim para apresentar sua defesa, nos próprios autos, dentro do prazo de trinta dias. Essa comunicação é feita na pessoa de seu representante legal, por carga, remessa ou meio eletrônico.

Em sentido diverso do procedimento convencional, registre-se, a Fazenda não é intimada para cumprir voluntariamente a decisão, e, por essa razão, a ela não se aplicam a multa e os honorários, previstos e assegurados pelo art. 523, § 1º, do CPC.

Outra peculiaridade consiste no fato de que os bens públicos, exatamente por essa condição, não estão sujeitos à expropriação, sendo, portanto, impenhoráveis. Dito com linhas mais simples: em qualquer das vias processuais – cumprimento de sentença ou processo de execução –, sendo a Fazenda a parte devedora, elide-se a prática da penhora, que de modo geral é, por excelência, o principal ato executivo.

Em contrapartida, duas vias processuais se apresentam para satisfação do direito de crédito. A primeira delas se aplica para as hipóteses de obrigações de pequeno valor. Para tanto, consideram-se: 60 salários mínimos para a Fazenda da União, consubstanciados pelo art. 17, § 1º, da Lei 10.259/2001; 40 salários mínimos, ou outro valor definido em lei local, para a Fazenda estadual e do Distrito Federal; e de 30 salários mínimos ou outro valor, também definido em lei local, se a Fazenda for municipal.

Nesse caso, o juiz dará uma ordem, dirigida à autoridade, na pessoa de quem tenha sido citado para presentar o ente público, a fim de que o pagamento seja realizado no prazo de até dois meses, contados da entrega da requisição. O pagamento então é feito por depósito na agência bancária oficial mais próxima da residência do exequente. A segunda, mais comum, contempla as obrigações economicamente mais expressivas, quando, então, haverá requisição do juízo competente ao presidente do respectivo tribunal,

para expedição de precatório em favor do exequente, observando-se, a partir desse momento, o regime previsto no art. 100 da Constituição Federal.

38.5 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA NO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Regulado entre os arts. 528 e 533 do CPC, o cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa os alimentos, pode seguir por três ritos processuais: convencional, especial e por desconto em folha de pagamento.

Se a atividade executiva tiver por referência decisão judicial transitada em julgado, o cumprimento se dará nos mesmos autos do processo. De outro lado, se a execução decorrer de decisão sujeita a recurso, o cumprimento será feito em autos apartados, assim como se dá a execução dos alimentos provisórios.

O cumprimento de sentença convencional transcorre pelas mesmas disposições já estudadas no capítulo anterior, que disponibiliza prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário e trabalha com as hipóteses de penhora, avaliação e expropriação de bens para a satisfação do crédito, sem, no entanto, admitir-se a possibilidade de prisão civil.

Todavia, recaindo a penhora sobre dinheiro, eventual concessão de efeito suspensivo à impugnação não impede que o exequente levante mensalmente a importância da prestação que por decisão judicial lhe é devida.

Sobre o tema, destaca-se o fato de que a via convencional é a via adequada para o pagamento de prestações alimentícias vencidas há mais de três meses do ajuizamento da execução, ao argumento de que o transcurso do tempo, nesse caso, compromete a natureza alimentar das prestações, que, a partir desse momento, assumem caráter indenizatório.

O cumprimento de sentença seguirá rito especial quando a condenação ao pagamento de pensão alimentícia ou decisão interlocutória que o estabeleça, precedida de requerimento do exequente, tiver por finalidade a satisfação do crédito, consubstanciado nas últimas três prestações vencidas, e as que forem vencendo no curso da atividade executiva.

Faz-se necessário esclarecer que o rito especial para as ações de alimentos trata apenas das relações familiares e não contempla os alimentos de caráter indenizatório, que seguem pelo rito comum. Deve-se também registrar que a execução especial, naqueles casos, é disponibilizada para o exequente que detenha prova pré-constituída da obrigação, a exemplo de certidão de nascimento ou mesmo a certidão de casamento ou união estável. Com ela, é possível pleitear a concessão de medida liminar, pautada em cognição sumária, para que desde o início do processo cognitivo, sejam fixados alimentos provisórios. De outro lado, a ausência de prova pré-constituída da obrigação, a exemplo do que acontece nas investigações de paternidade em que se cumula, em ordem sucessiva, o pedido de alimentos, afasta a possibilidade de uma atuação concreta do Judiciário pelo arbitramento dos alimentos provisórios, tramitando o processo pelo rito comum.

Na execução de alimentos por rito especial, o executado é intimado pessoalmente para, em até três dias, cumprir a decisão judicial, final ou interlocutória, provar que já o fez ou justificar sua impossibilidade absoluta de adimplemento.

A intimação pessoal, que aqui se faz na pessoa do próprio executado e não de seu advogado, decorre da possibilidade de prisão civil, caso não se adote nenhuma das ações descritas no parágrafo anterior.

A prisão civil funciona como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação, mas não lhe substitui. Serve, portanto, para pressionar psicologicamente o devedor, sem com isso servir como alternativa ao pagamento do valor devido. Não por outro motivo, dispõe o art. 528, § 5º, que: “O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas”.

Segue-se a isso o fato de que o pagamento da pensão implica suspensão do cumprimento da ordem de prisão.

A prisão civil seguirá pelo regime fechado e pode variar de um a três meses, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. Em que pesem as considerações acadêmicas sobre a dificuldade de o executado, num caso concreto, conseguir auferir renda ou atividade laboral, para o pagamento das prestações vencidas, essa foi a determinação do legislador.

Sobre a excepcionalidade da prisão civil, evoca-se aqui o entendimento da Terceira Turma do STJ, que, na pessoa do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim se manifestou sobre a demonstração da urgência na prestação como requisito para a medida, na hipótese de haver requerimento nesse sentido para constranger o devedor a honrar o pagamento de prestações já vencidas e fora do chamado risco alimentar: “Sendo assim, tenho que os valores pagos até o presente momento são suficientes para suprir as necessidades mais prementes do alimentando, de modo a não recomendar o decreto de prisão civil, medida que deve ostentar natureza excepcional”. Sem prejuízo do prazo mais exíguo e da possibilidade de prisão civil, há, ainda, uma outra especificidade desse rito especial: o protesto, de ofício, do pronunciamento judicial, no cadastro de proteção do crédito.

Nessa mesma Turma, destacamos o julgamento do HC 708.634/RS, que tratou da falta de pagamento de alimentos indenizatórios e a consequente impossibilidade da prisão civil. Nesses casos, advirta-se, a jurisprudência da Superior Tribunal de Justiça não admite interpretação extensiva, limitando a medida mais grave, de prisão, apenas para as obrigações alimentares decorrentes do Direitos das Famílias.[301]

Como terceira e última forma de promoção do cumprimento de sentença, destaca-se o desconto em folha, que, mediante os termos do art. 529 do CPC, estabelece peculiaridades para o rito quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho.

Nesses casos, o exequente pode requerer o desconto em folha de pagamento da importância devida a título de prestação

alimentícia. Sendo-lhe proferida decisão favorável, o magistrado oficiará à autoridade, empresa, ou empregador, para que proceda ao desconto em folha, sob pena de praticar crime de desobediência.

A comunicação deve trazer os nomes do credor e do devedor, os respectivos números de inscrição no CPF, a importância a ser descontada, o tempo de duração, e, por fim, a conta de destino do depósito.

ATENÇÃO

O STJ aprovou por unanimidade, em 12 de dezembro de 2018, novo enunciado sobre pensão alimentícia. Eis o teor da Súmula 621: “Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade”.

38.6 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE CONDENA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER OU ENTREGAR COISA

O cumprimento de sentença que condena no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, segue por rito diferenciado, em decorrência da identidade da demanda. Trabalha-se aqui com a construção de um procedimento adequado, que, pelo resgate da faticidade, considera a complexidade da obrigação, a capacidade contributiva do executado e a adequação dos meios executivos, para, ao final, lhe entregar uma tutela específica que sirva de meio efetivo para a satisfação concreta do direito.

De início, preleciona o art. 536 do CPC que o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, empregar os meios executivos para a entrega da tutela específica ou a obtenção de

resultado prático equivalente. Sobre o tema, recorde-se que a conversão em perdas e danos, hoje, se faz a requerimento do exequente ou por absoluta impossibilidade de alcance do resultado equivalente.

Havendo ou não requerimento para o início do cumprimento de sentença, o juiz determinará, em acordo com o caso concreto: prazos proporcionais, multas razoáveis e medidas adequadas para efetivar concretamente o direito de crédito. Perceba que, diversamente do cumprimento de sentença para a entrega de dinheiro, o prazo e o percentual da multa não são predeterminados pelo legislador. Ao revés, são mensurados e legitimados pelo contexto do caso concreto.

A multa independe de requerimento da parte e pode ser aplicada tanto na fase cognitiva – em tutela provisória ou na sentença – como na fase executiva. Não deve, entretanto, afastar-se de sua natureza coercitiva, que aqui serve para forçar o cumprimento da decisão judicial. Em termos práticos, isso significa que sua incidência diária, assim como o percentual, inexoravelmente guarda relação com a capacidade contributiva do executado, pois de outra maneira, seriam, muitas vezes, gravosas ou insignificantes, em decorrência da realidade financeira do executado.

No sentido do texto, informa o legislador, pelo art. 537, que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, alterar a periodicidade ou o valor da multa, caso verifique que esta se tornou excessiva ou insuficiente. Uma possível modificação, entretanto, só pode considerar as multas vincendas, sendo devidas as que forem vencidas durante o processo, no valor anterior à alteração judicial.

O valor da multa é devido ao exequente, e a decisão que o fixa é passível de cumprimento provisório, que, nesse caso, é depositado em juízo, permitindo-se o levantamento pelo exequente ao final do processo, com o trânsito em julgado de decisão que lhe seja favorável.

A multa incide imediatamente após o término do prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, estabelecido para o caso pela avaliação judicial. Há, todavia, necessária intimação do executado

para o cumprimento voluntário, nos termos do art. 513, § 2º, do CPC.

Havendo impossibilidade da tutela adequada – que aqui busca o bem específico ou um resultado prático equivalente –, ou requerimento do autor pela conversão em perdas e danos, cessa a incidência da multa, que até esse momento deve ser apurada e liquidada.

Tratando-se agora dos meios executivos, evocam-se as lições sobre a isonomia material, a coerência e a integridade como vetores hermenêuticos, e, ainda, a relação do procedimento com a identidade da demanda. Por tudo o quanto já se disse sobre o tema, é possível concluir que para essas espécies de cumprimento de sentença, assim como também se faz no processo de execução, adota o legislador, acertadamente, técnica diferenciada, que prima pelos meios executivos atípicos.

Não por outra razão, assim se manifesta o legislador, pelo art. 536, § 1º, do CPC sobre a adoção de medidas judiciais na execução: “(...) o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

Abordando, especificamente, o cumprimento de sentença que condena em obrigação de entregar coisa, devemos ainda destacar, por força do art. 538 do CPC, que o descumprimento da decisão implica expedição do mandado de imissão na posse, caso a hipótese trate de bem imóvel; ou, de busca e apreensão, se a questão versar sobre bens móveis.

Eventuais benfeitorias devem ser alegadas na fase cognitiva, pela contestação, com a respectiva discriminação, e, quando possível, a atribuição do valor. No mais, segue-se o rito especial, adequado ao caso concreto, que assim como se dá no cumprimento de sentença das obrigações de fazer e não fazer, delimita e legitima o prazo, a multa e eventuais medidas de apoio, em sintonia com a especificidade da demanda.

[301] A íntegra do voto está disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=152471669&registro_numero=202103767278&peticao_numero=&publicacao_data=20220509&formato=PDF>.



39.1 INTRODUÇÃO

A execução de título extrajudicial demanda a formação de processo autônomo, cuja finalidade reside na satisfação concreta do direito de crédito consubstanciado no título. A espécie de obrigação imposta ao executado determina certas peculiaridades no procedimento, conforme o cumprimento demanda uma atuação, abstenção, entrega de coisa ou quantia certa.

Tratando dos aspectos gerais de qualquer desses procedimentos, destacamos que o início da atividade executiva, aqui, se faz pela propositura de petição inicial, acompanhada do respectivo título de crédito.

Sem detrimento dos requisitos estampados pelos arts. 319 e 320 do CPC, a exordial do processo de execução deve ater-se a algumas peculiaridades, em função de sua especificidade. Deve, portanto, o exequente, além de acostar o título de crédito, apresentar o demonstrativo do débito atualizado até a data de propositura da demanda, caso a execução se faça para a entrega de quantia.

O demonstrativo do débito deve conter: o índice de correção monetária aplicada; a taxa de juros adotada; os termos inicial e final

de correção; a periodicidade da capitalização dos juros, se esse for o caso; e, eventual desconto obrigatório realizado.

Deve provar, se for o caso, a ocorrência do termo ou o modo ao qual estava submetida a exigibilidade, e, em qualquer dessas espécies de execução de título judicial, deve ainda o exequente indicar a espécie procedimental preferida, quando lhe for facultada a escolha, a exemplo do que se verifica na execução de alimentos, que tanto pode seguir pelo rito comum como pelo rito especial.

Seguindo as lições do sistema anterior, deve o exequente indicar bens passíveis de penhora, sempre que lhe for possível identificá-los previamente. Havendo qualquer das hipóteses previstas pelo art. 799 do CPC, há de se requerer intimação: do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário; do titular do usufruto ou do uso de habitação; do proeminente comprador ou do proeminente vendedor; do superficiário, enfiteuta ou concessionário; da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para os fins estabelecidos pelo art. 876, § 7º, do CPC; e, ainda, do titular da construção-base, bem como, se for o caso, do titular de lajes anteriores, quando a penhora recair sobre o direito real de laje.

Por fim, ressalta-se que o exequente pode promover averbação em registro público da execução e dos atos de constrição realizados, para com isso dar conhecimento a terceiros e eventualmente afastar-lhes a presunção de boa-fé, no caso de futuras aquisições sobre o patrimônio do executado.

Se a obrigação constante do título for alternativa e a escolha couber ao autor, este deve exercer o direito e informar sua escolha, já na interposição da inicial.

Em decorrência do novo sistema cooperativo, retratado em linhas anteriores deste curso, o art. 801 do CPC informa que: “Verificando que a petição inicial está incompleta ou que não está acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, o juiz determinará que o exequente a corrija, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento”. Trata-se claramente do dever de correção, que, na petição inicial do processo de conhecimento, é também retratado pelo art. 321 do CPC.

Vencida a fase de admissibilidade da petição inicial, o réu, em qualquer das espécies de execução, será citado e, por meio desse ato, convocado, para integrar a relação processual. Superando divergência jurisprudencial da legislação anterior, o CPC informa ser possível qualquer forma ou modalidade de citação.

Encerradas as considerações sobre a parte geral da execução de título extrajudicial, que por qualquer das vias processuais, respeita os princípios da menor onerosidade, da tutela específica, da efetividade, da reserva mínima de patrimônio, e, ainda, de todas as normas fundamentais, com destaque para o contraditório, seguimos para o estudo de suas espécies.

39.2 PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGAR COISA CERTA

O Código de Processo Civil regula, entre os arts. 806 e 810, a execução para a entrega de coisa certa. As obrigações dessa natureza, por sua vez, são disciplinadas pelo Código Civil, entre os arts. 233 e 242.

Tratando-se de execução para a entrega de coisa certa, o magistrado ordenará a citação para que o executado satisfaça a obrigação, entregando a coisa, em até 15 dias.

Ao despachar a petição inicial, deve-se fixar os honorários devidos, para o caso do cumprimento voluntário, e, ainda, eventual multa diária pelo atraso, que como se sabe, serve de instrumento coercitivo, e, ao final, reverte-se em benefício do exequente.

Do mandado de citação constará, ainda, ordem para busca e apreensão ou imissão na posse, conforme se trate de bem móvel ou imóvel, cujo cumprimento será imediato, caso não se satisfaça a obrigação no prazo legal.

Uma vez citado, o devedor poderá entregar a coisa voluntariamente, quando então será lavrado termo de entrega, e logo a seguir, com o pagamento dos honorários advocatícios, extingue-se a execução, com ressalva para a hipótese em que seja apurada a necessidade do pagamento de frutos ou ressarcimentos,

caso em que se posterga a atividade executiva para que, ao final, se assegure a total satisfação do direito de crédito, aqui consubstanciado em quantia certa.

De outro lado, o réu, citado, pode não entregar a coisa, caso em que a legislação determina o cumprimento imediato da ordem de imissão ou de busca e apreensão. Essa resistência do executado, registre-se uma segunda vez, pode autorizar a incidência de multa, fixada anteriormente pelo magistrado como medida coercitiva.

Eventual alienação da coisa litigiosa, por parte do executado, advirta-se, não altera a legitimidade passiva, que, por essa razão, autoriza o prosseguimento do processo e permite que o mandado seja expedido contra o terceiro adquirente, que, somente após o depósito da coisa, será ouvido. Sobre o tema, vale retomar as lições acerca da responsabilidade patrimonial e seu termo inicial, identificado pela propositura da demanda, nos termos do art. 790, I, do CPC.

Havendo benfeitorias indenizáveis feitas na coisa pelo executado ou mesmo por terceiros de cujo poder ela houver sido retirada, torna necessária a realização de uma liquidação para que se possam apurar o valor investido e a extensão dos prejuízos. Se, no caso concreto, houver saldo em favor do executado, o exequente deverá depositar previamente em juízo a quantia correspondente, para requerer a entrega da coisa. Se, todavia, o saldo for destinado ao exequente, este pode cobrá-lo nos mesmos autos do processo de execução.

Encerram-se estas considerações com destaque para o fato de que a citação estabelece, ao mesmo tempo, prazo de quinze dias para o cumprimento voluntário e para a apresentação da defesa do executado, cujo estudo é feito em capítulo específico deste curso.

39.3 PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGAR COISA INCERTA

O processo de execução para a entrega de coisa incerta é regulado pelos arts. 811, 812 e 813 do CPC. Por coisa incerta,

compreende-se, para os efeitos legais, a coisa determinável pelo gênero e pela quantidade, nos termos do art. 243 do Código Civil.

O procedimento executivo, nesses casos, determina a citação do executado para a entrega já individualizada da coisa, se lhe competir a escolha, cabendo ao exequente, de outro lado, realizar o direito de escolha já na petição inicial, quando lhe for atribuído o exercício desse direito.

O fundamento para uma eventual impugnação está descrito no art. 244 do Código Civil, que estabelece os parâmetros para o exercício do direito de escolha: “Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”.

Realizada a escolha por qualquer das partes, poderá a parte contrária, no prazo de 15 dias, impugná-la, quando então o juiz decidirá, diretamente, ou após oitiva de perito nomeado, se necessário for. A partir desse momento, aplica-se, no que couber, as disposições para a entrega de coisa certa, vez que com a delimitação do objeto, superam-se as peculiaridades dessa espécie de execução.

39.4 PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

As disposições comuns da execução das obrigações de fazer ou não fazer são apresentadas pelo art. 814 do CPC. As obrigações de fazer demandam um atuar do devedor, que tanto decorre da realização de um serviço como da prática de um ato, ainda que de natureza imaterial. Já as obrigações de não fazer, em verdade, são obrigações negativas, e consistem na abstenção de uma determinada conduta. Por essa razão, o inadimplemento, em casos assim, decorre justamente da prática do ato ou da conduta que o devedor assumiu o dever de não realizar. A consequência prática disto, portanto, é que os meios executivos aqui são empregados para desfazer atuação pretérita do réu.

Deve-se considerar ainda, para efeito de adequação do procedimento executivo, se a obrigação é fungível ou infungível. No primeiro caso, sua natureza permite que o cumprimento se aperfeiçoe por intermédio de terceiros, já que a prática do ato ou a realização do serviço não se atrela às qualidades pessoais do devedor. No segundo caso, entretanto, a infungibilidade afasta a possibilidade de sub-rogação, e, com isso, as medidas executivas aplicáveis para a satisfação concreta do direito de crédito. Note-se, por exemplo, que a contratação de um determinado artista – eleito por suas qualidades individuais – diante de eventual recusa para a promoção de *show*, não permite, como alternativa, que um terceiro lhe substitua no evento, sendo comum, nessas hipóteses, a conversão da obrigação de fazer em obrigação de pagar quantia certa, apurada mediante liquidação, para compor o exequente a título de perdas e danos.

Feitas as considerações gerais sobre a natureza das obrigações e suas consequências práticas para a adoção do procedimento executivo, seguimos para o estudo de suas especificidades.

A execução das obrigações de fazer fungíveis é regulada pelo art. 815 do CPC. O dispositivo estabelece que o réu seja citado para satisfazer voluntariamente a obrigação no prazo informado pelo título, cabendo ao magistrado fixar-lhe prazo razoável, se não houver previsão.

A citação, assim como em todos os processos de execução, ao tempo que convoca o executado e lhe atribui prazo para o cumprimento voluntário, também disponibiliza prazo para a entrega da defesa, que aqui também se dá por meio de embargos, em até quinze dias. Correm, portanto, prazos independentes para o executado, que tanto pode praticar o ato ou realizar o serviço – caso em que o processo de execução será extinto –, como, independentemente disso, apresentar sua defesa, cujo estudo, advirta-se, será feito em capítulo específico deste curso.

Não cumprida a obrigação, sua natureza fungível permite a adoção de meios executivos de sub-rogação. Cabe, portanto, ao exequente, avaliar a possibilidade de requerer que outra pessoa

cumpra a obrigação no lugar do devedor/executado, ou dispensar esse procedimento, optando pela conversão em perdas e danos.

Uma vez eleita a via da sub-rogação, o juiz nomeará um terceiro para cumprir a obrigação, às custas do devedor. Nessa hipótese, advirta-se, o exequente antecipa a quantia necessária para a realização do serviço, e, somente ao final, é ressarcido pelo executado.

A escolha é livre, mas nada impede que o credor forneça sugestões. Escolhido o terceiro, este apresentará proposta para a realização do serviço, que após análise judicial, segue para as considerações das partes sobre o orçamento, a capacidade técnica do escolhido e eventuais divergências sobre os detalhes da proposta.

Prestado o serviço pelo terceiro, as partes poderão se manifestar pelo prazo de dez dias. Havendo impugnação, o juiz a resolverá. Do contrário, a execução prossegue para buscar, no patrimônio do devedor, o valor necessário para compensar o credor pelo adiantamento.

Se o serviço não for realizado no prazo estipulado ou for realizado de modo incompleto ou defeituoso, o exequente poderá requerer ao magistrado autorização para que ele mesmo promova a conclusão ou reparação, às expensas do contratante. Para tanto, deve se manifestar em até quinze dias. Feito o requerimento, por respeito ao contraditório, o contratante será ouvido no mesmo prazo de 15 dias, para que o juiz, ao final, avalie a pertinência do requerimento, e, se for o caso, constate a extensão das despesas e decida pela condenação do contratante no pagamento do valor correspondente.

Sobre o tema, deve-se considerar que o credor tem direito de preferência, caso deseje, por sua conta, realizar o serviço. Para tanto, deve-se manifestar em até cinco dias após a aprovação da proposta do terceiro.

Optando-se pela segunda via executiva, o credor deve requerer a conversão em perdas e danos, que, nesse caso, após liquidação, segue pelo rito destinado à satisfação de obrigações de pagar quantia certa em face de devedor solvente.

Tratando-se de execução para as obrigações de não fazer, também compreendidas como obrigações negativas, o executado é citado para desfazer aquilo que, por força do título, não deveria realizar.

Sendo possível retomar-se o estado anterior, o executado observará o prazo fixado pelo juiz para a restituição, sob pena da incidência de multa e outras medidas executivas pertinentes para a tutela específica. Se a resistência permanecer, a obrigação, inicialmente delimitada pela restituição, será convertida em perdas e danos e seguirá o mesmo caminho da execução para a entrega de quantia certa.

Se a retomada da situação anterior puder ser feita por terceiro, o juiz, caso haja requerimento do exequente, poderá adotar o procedimento dispensado para as obrigações de fazer fungíveis, com a consequente escolha do terceiro, avaliação da proposta, prazo para eventuais impugnações das partes, e, ao final, a devolução do que fora adiantado pelo exequente para custear o serviço, por parte do executado.

39.5 PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGAR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

A execução para a entrega de quantia certa contra devedor solvente é a modalidade mais utilizada para a satisfação concreta do direito de crédito, pois se apresenta como alternativa para eventuais impossibilidades na concessão da tutela específica, muitas vezes evocada para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa. É dizer: em que pesem a extensão das medidas adequadas – já comentadas em linhas anteriores deste curso –, e os meios coercitivos para o cumprimento voluntário, como não se pode, coativamente, impor a alguém a prática de um ato, a realização de um serviço ou a entrega de um bem, quando não for possível atuar em sub-rogação ou quando for conveniente ao credor alterar o cumprimento específico para a conversão em perdas e

danos, a execução seguirá por quantia certa, que funciona, portanto, como última via para realizar o direito.

São três as espécies de execução por quantia certa, reguladas pelo Código de Processo Civil: o procedimento padrão, destinado para o devedor solvente; um procedimento especial para a execução de alimentos; e, ainda, um segundo rito diferenciado, para regular a execução contra a Fazenda Pública. A execução de quantia certa contra o devedor insolvente, advirta-se, ainda hoje é regulada pelo Livro II, Título IV, do CPC de 1973. A situação persistirá, até edição de lei específica, conforme disposição do art. 1.052 do CPC.

A execução contra devedor solvente, hodiernamente, trabalha com sub-rogação, pois, não havendo cumprimento voluntário, no prazo legal, faz-se uso da força estatal para invadir-se o patrimônio do responsável e tomar-lhe o valor correspondente para a satisfação do direito de crédito, diretamente – se a penhora recair sobre dinheiro –, ou pela conversão – caso recaia sobre bens determinados.

Em que pese a possibilidade de medidas coercitivas, evocadas pelo art. 139, IV, do CPC, a regulamentação do procedimento comum dessa espécie de execução situa-se entre os arts. 824 e 909 do Código, cujos atos serão estudados a seguir.

39.5.1 Petição inicial

A petição inicial do processo de execução para a entrega de quantia certa, além dos tradicionais requisitos de admissibilidade, observa as disposições específicas do art. 798 do CPC. Deve, portanto, o exequente, instruir a inicial com o demonstrativo do débito atualizado até o momento de propositura da demanda, nos termos do seu parágrafo único. Sobre o tema, destaca-se a incumbência do CNJ para disponibilizar programas de atualização financeira e, com isso, facilitar a correta atuação de exequente, em acordo com o art. 509, § 3º, do CPC.

Cabe ainda, ao exequente, avaliar a possibilidade e conveniência de indicar bens livres e desembaraçados no

patrimônio do executado, sobre os quais deverá recair a penhora, caso não haja cumprimento voluntário da obrigação. Cabe-lhe, portanto, prioridade na indicação dos bens.

Cumpridas as exigências formais, o juízo de admissibilidade será positivo e o juiz proferirá despacho liminar, determinando a citação do réu. Nesse mesmo despacho, deve o magistrado fixar os honorários advocatícios, que, inexoravelmente, limitam-se a 10%, a serem pagos pelo executado. Em momento posterior, caso os embargos sejam rejeitados ou não apresentados, o trabalho realizado pelo advogado pode justificar a majoração dos honorários até o limite de 20%, conforme disposição do art. 827, § 2º, do CPC.

39.5.2 Citação e arresto

Sem prejuízo das considerações gerais acerca da citação, feitas em páginas anteriores, passamos a identificar sua especificidade no rito da execução para a entrega de quantia certa, em face de devedor solvente.

De início, destaca-se o fato de que a citação, nesse caso, pauta-se pelo art. 829 do CPC. Por lá, identificamos que o executado é citado para pagar a dívida, em até três dias, e também para apresentar sua defesa, em até quinze dias. Fluem, portanto, dois prazos distintos: o primeiro, de três dias para o pagamento, corre da efetiva citação do devedor. O segundo, de quinze dias para a defesa, corre da juntada aos autos do mandado cumprido.

Não há predileção por nenhuma modalidade de citação real, podendo a comunicação ser feita pelo correio, nos termos do art. 247 do CPC. Todavia, o legislador atribui ao oficial de justiça, por força do art. 830 do CPC, incumbências processuais, caso não encontre o executado. Por essa razão, defende-se a conveniência dessa modalidade de citação, que, num só tempo, viabiliza a comunicação do executado e eventual arresto, se aquele não for encontrado.

Em decorrência desta atribuição, o mandado deve ser expedido em duas vias. A primeira autoriza a citação do réu pelo oficial de justiça. Realizada a diligência, aguarda-se o prazo de três dias para

o cumprimento voluntário da obrigação. Efetuado o pagamento, goza o devedor do desconto de 50% sobre os honorários advocatícios, fixados anteriormente pelo despacho liminar.

Não efetuado o pagamento, o oficial de justiça, cumprindo determinação já constante na segunda via do mandado, retornará ao local indicado para promover a penhora e a avaliação, nos termos do art. 829, § 1º, do CPC.

Havendo indicação dos bens, na exordial, esses terão preferência. Do contrário, o oficial fará a penhora dos bens que localizar e, na ausência destes, determinará o magistrado que o executado os indique, se existentes, sob pena de praticar ato atentatório à dignidade da justiça.

Se o oficial de justiça não encontrar o executado, mas localizar seus bens, já na primeira tentativa lhes promoverá o arresto, que aqui representa medida executiva de constrição, também chamada de pré-penhora, realizada antes mesmo da citação, e que se aperfeiçoa pela lavratura do termo e pela nomeação do depositário, que zelará pela coisa até o final da execução.

Feito o arresto, deve o oficial de justiça procurar novamente o devedor, para duas novas tentativas de citação, no prazo de dez dias. Encontrado o devedor e promovida a citação, abre-se o prazo para o cumprimento voluntário, que, ao final, diante do não pagamento, autoriza o prosseguimento da execução para a fase de penhora e avaliação dos bens.

De outo lado, a impossibilidade em promover-se a citação real, seja por oficial ou pelo correio, legitima a citação ficta: por hora certa, caso haja suspeita de ocultação, ou por edital, nos termos do art. 256 do CPC. Qualquer que seja a modalidade adotada – real ou ficta –, deve-se observar que, somente com a citação, abre-se o prazo de três dias para o cumprimento voluntário. Deve-se ainda registrar que a citação ficta autoriza a nomeação de curador especial, com poderes para apresentar a defesa do executado e se manifestar em todos os incidentes processuais.

39.5.3 Penhora

A penhora é ato de apreensão judicial que individualiza os bens no patrimônio do executado, afetados para a satisfação do crédito, direta – quando o próprio objeto da penhora for entregue ao exequente – ou indiretamente – quando o bem penhorado for expropriado e convertido em dinheiro para posterior entrega ao credor.

A penhora produz efeitos materiais e processuais, com sérias repercussões para a efetividade da jurisdição, e que, por essa razão, são estudados a seguir.

Como primeiro efeito processual, a penhora garante o juízo da execução. Quer-se com isso afirmar que a prática do ato empresta melhores condições de êxito para a atividade executiva e sua própria adequação ao caso concreto, que se presta, nos termos do CPC, apenas para devedores solventes.

O segundo efeito processual retrata a individualização dos bens que suportaram a atividade executiva, no patrimônio do devedor ou responsável. Se, no início, o devedor responde com todos os seus bens para a satisfação do direito de crédito – com ressalvas das hipóteses de impenhorabilidade –, a partir da penhora, limita-se o campo patrimonial sobre o qual se exercerá a execução.

Por fim, registra-se ainda, como terceiro efeito processual da penhora, o direito de preferência sobre os bens. Assim, por exemplo, quando mais de um credor buscar a satisfação do crédito em juízo, aquele que promover a penhora terá prioridade perante credores quirografários.

Avançando sobre a área material, podemos identificar dois efeitos. O primeiro implica perda da posse, e traduz a consequência natural da apreensão e depósito dos bens. Deve-se registrar que a perda da posse, nesse caso, refere-se apenas à posse direta, permanecendo o executado com a posse indireta, já que aqui ainda não se trata de transferência de propriedade.

Como segundo efeito material, destaca-se a ineficácia dos atos posteriores de alienação ou oneração de bens, que aqui caracterizam fraude à execução. Para isso, entretanto, deve o exequente promover diligências para averbá-la no registro correspondente. Sobre o tema, vale a leitura do art. 792 do CPC.

É certo que, por meio da penhora, os bens do devedor são apreendidos e deixados sobre a guarda de um depositário. Também é certo que a penhora pode recair sobre tantos bens quantos sejam necessários para a satisfação do crédito, com respeito aos já mencionados limites legais.

Há, entretanto, que se identificar as variáveis procedimentais da penhora, em função da ordem de preferência estampada pelo art. 835 do CPC. Assim, podemos concluir que, se a penhora recair sobre dinheiro, em espécie, depósito bancário ou aplicação financeira, pode o exequente se valer da penhora “on-line”, nos termos do art. 854 do Código, para requerer que o juízo determine às instituições financeiras, sem prévia ciência do executado, o bloqueio dos ativos financeiros existentes, por meio de sistema eletrônico, que deve sempre observar o valor indicado na execução. Realizado o bloqueio, o executado será intimado, na pessoa de seu advogado para, no prazo de cinco dias, comprovar que as quantias indisponíveis são impenhoráveis ou que há indisponibilidade excessiva nos ativos financeiros.

No prazo de até 24 horas a contar da resposta, o magistrado, se acatar os argumentos da defesa, determinará o cancelamento de eventual excesso na indisponibilidade, que deverá ser efetuado, em igual período, pela instituição financeira. Se não for apresentada defesa ou se o magistrado rechaçar seus argumentos, o bloqueio se converterá em penhora e o valor correspondente será transferido para a conta do juízo, até que o credor lhe faça o levantamento.

Se a penhora recair sobre imóveis e houver, no processo, certidão da respectiva matrícula, ou recair sobre automóveis e já houver certidão que comprove sua existência, a constrição será feita por termo, nos próprios autos, com a vantagem de ser realizada sem compromisso com a localização do bem. De outro lado, quando a penhora reclamar atuação do oficial de justiça, será realizada por termo. Nesse caso, havendo recusa do executado em permitir o acesso ao imóvel para a penhora de bens, deve-se comunicar o juízo para expedição de ordem de arrombamento, e, sempre que necessário, poder-se-á requisitar o emprego de força policial.

A penhora de quotas ou de ações de sociedades personificadas goza de procedimento específico, previsto pelo art. 861 do CPC. Por lá, identificamos que, a partir da primeira penhora, o juiz determina prazo razoável, não superior a três meses, para que a sociedade apresente balanço especial, nos termos da lei; ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, respeitando, para tanto, a ordem de preferência, legal ou contratual. Se não houver interesse dos sócios na aquisição dessas ações, a execução avança com a liquidação das quotas ou das ações do executado, com o depósito em juízo do valor apurado.

Recaindo a penhora sobre empresa, outros estabelecimentos ou semoventes, a lei determina a nomeação de um administrador para figurar como depositário, cuja incumbência inicial demanda apresentação de plano de administração, no prazo de dez dias, sobre o qual as partes serão ouvidas para, em momento posterior, o juiz decidir sobre eventuais ajustes na forma de administração.

A penhora de percentual de faturamento de empresa, por sua vez, deve ser feita caso o executado não tenha bens penhoráveis, ou se, os tendo, esses bens sejam de difícil alienação. O mesmo se aplica se o patrimônio do executado não for suficiente para saldar o crédito. Nessas hipóteses, o magistrado poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento da empresa que permita o cumprimento da obrigação. O prazo será determinado em acordo com a peculiaridade do caso, sempre de forma razoável e compatível com a manutenção da atividade empresarial. Também nessa forma de penhora, nomeia-se um administrador-depositário, com a atribuição de submeter, à aprovação judicial, sua forma de atuação, com prestação mensal das contas e a entrega ao juízo das quantias recebidas, com os respectivos balancetes, para assegurar o pagamento da dívida.

A penhora sobre frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel se justifica pela eficiência no recebimento do crédito e, de certa forma, consagra o princípio da menor onerosidade para o executado.

Há nomeação de administrador-depositário, cujo investimento para o exercício das funções contempla tudo o que concerne à

administração e à fruição dos frutos e utilidades derivados da coisa. Na prática, isso significa dizer que o executado perde o direito de gozo do bem, até a satisfação do crédito do exequente.

Essa medida judicial, advirta-se, vale perante terceiros, a partir da data de publicação da decisão ou de sua averbação no ofício imobiliário, se o caso versar sobre bens imóveis.

Registre-se que os bens podem ser corpóreos ou incorpóreos, a exemplo de algum crédito, consubstanciado num título, cujo beneficiário seja o próprio executado. Fala-se, nesse caso, da penhora de créditos, que se materializa pela apreensão do documento.

Pode-se ainda falar de outra forma de penhora, promovida no rosto dos autos, que se caracteriza por ter, como objeto, eventual direito do executado debatido em outro processo. Dito com outras palavras: penhora-se a expectativa do executado de aferir alguma vantagem financeira, que, nessa hipótese, será convertida para a satisfação do crédito, na execução.

Encerram-se estas considerações, com destaque para três temas importantes: a possibilidade de uma segunda penhora, a alienação antecipada dos bens penhorados e sua possível redução ou ampliação.

A segunda penhora é regulada pelo art. 851 do CPC, que estabelece as hipóteses para a prática de novo ato constritivo. São elas: a anulação da primeira penhora; a insuficiência do produto da alienação dos bens do executado para o pagamento do exequente; ou, quando este desistir da primeira penhora, por serem litigiosos os bens ou por estarem já submetidos à constrição judicial.

A alienação antecipada dos bens penhorados pode ser determinada quando o objeto for veículo automotor, pedras e metais preciosos, e outros bens sujeitos à deterioração ou depreciação, por conta do tempo. Pode-se ainda antecipar a alienação quando o caso concreto demonstrar vantagens para satisfação do crédito.

Por fim, destaca-se, pelo art. 874 do CPC, a possibilidade de ampliação ou redução da penhora. A redução se justifica se o valor dos bens for consideravelmente superior ao crédito do exequente, caso em que o magistrado deve transferir a penhora para outros

bens, suficientes. A ampliação, por sua vez, atua em sentido reverso, e serve para ampliar a constrição judicial, quando os bens já penhorados tiverem valor inferior ao crédito do exequente.

39.5.4 Modificação da penhora

Uma vez intimado da penhora, o executado terá dez dias para requerer a substituição de seu objeto, devendo, para tanto, comprovar a existência de via mesmo onerosa e não prejudicial ao exequente. Com isso, quer-se atribuir a possibilidade de o executado indicar outros bens, livres e desembaraçados, para substituir os bens apreendidos pela penhora.

Se o bem indicado para a substituição for imóvel, caberá ao executado comprovar a respectiva matrícula e o registros por certidão do correspondente ofício, assim como seu estado material e o local onde se encontra.

Havendo indicação de bens semoventes, deve o executado lhes precisar a espécie, número, marca ou sinal, e, ainda, o local onde se encontram. Se a indicação recair sobre créditos, deverá indicar quem seja o devedor, a origem da dívida, o respectivo título e sua data de vencimento.

Em qualquer das hipóteses de substituição, proposta pelo executado, com respeito às exigências do art. 847 do CPC, ele deverá atribuir valores aos bens indicados à penhora, além de especificar os ônus e os encargos a que estejam eventualmente sujeitos.

A mudança do bem objeto da penhora, ao tempo que fortalece nossa tradição de seguir pela via executiva menos onerosa para o executado, também consagra melhores possibilidades para a satisfação do direito de crédito, que nesse caso, com maior clareza, aponta para um lugar comum e serve de instrumento para o melhor exercício da jurisdição. Não por outra razão, preleciona o art. 848 do CPC que qualquer das partes pode requerer a substituição da penhora, se ela não obedecer à ordem legal, se ela não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o seu pagamento; se houver bens no foro de eleição da execução e bens

em locais distintos forem penhorados; se ela incidir sobre bens de baixo valor ou de baixa liquidez; se a alienação judicial do bem fracassar ou se o executado não indicar o respectivo valor dos bens ou lhes omitir qualquer das indicações exigidas por lei.

39.5.5 Depositário

Consequência natural da penhora, o depósito a finaliza. Por essa razão, afirma-se certa ordem de preferência dos depositários, a fim de emprestar segurança e efetividade ao ato de guarda e preservação do bem penhorado.

Sobre o tema, nos informa o art. 840 do CPC que: (I) as quantias em dinheiro, os papéis de crédito, bem como as pedras e os metais preciosos, devem ser depositados no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em algum outro banco no qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integrado, ou, na falta desses estabelecimentos bancários, admite-se designação judicial para qualquer outra instituição de crédito; (II) os móveis, semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre esses imóveis devem ficar em poder do depositário judicial; (III) já os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre eles, as máquinas, os utensílios e os respectivos instrumentos da atividade agrícola, desde que haja caução idônea, devem permanecer em posse do executado.

É certo que no auto de penhora deve constar a indicação do depositário, que nessa condição assume as responsabilidades legais. Há, todavia, que se ressaltar a possibilidade de recusa da nomeação, conforme jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, hoje consagrada pela Súmula 319: “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

Assumido o encargo, o depositário deve cumprir, fielmente, os deveres de guarda e preservação dos bens, que, nessa condição, os mantém por detenção e não por decorrência da posse. Deve, portanto, cumprir rigorosamente as determinações judiciais, e, ao final, entregar o bem, arrematado ou adjudicado, ao adquirente.

39.5.6 Avaliação

Se a citação, na execução, pode ser feita por outros meios, a exemplo da citação pelo correio, a avaliação cabe ao oficial de justiça, que, para cumprir sua designação, deve valer-se de todos os elementos disponíveis, tais como pesquisa por *sites* especializados, anúncios, tabelas reconhecidas como instrumentos para a indexação de preços, ou qualquer outro meio idôneo.

Havendo necessidade de conhecimentos técnicos para realizar-se a avaliação dos bens e se o valor da execução comportar, o oficial de justiça deverá informar o juízo para que seja nomeado um perito. Nessa hipótese, caberá ao exequente antecipar seus honorários, que, posteriormente, serão incluídos no cálculo final do débito.

O laudo deve ser entregue em até dez dias, assegurando-se às partes, por decorrência do contraditório, a possibilidade de impugnar tanto a avaliação feita por oficial como a avaliação promovida por perito. Pode-se, ainda, admitir nova avaliação, se qualquer das partes arguir, fundamentadamente, erro na avaliação, se for verificada majoração ou diminuição do valor do bem, após a avaliação; ou, se houver dúvida sobre o valor atribuído.

Há, também, eventual dispensa da avalição, se uma das partes aceitar o valor apresentado, de forma estimada, pela outra; se a penhora recair sobre títulos ou mercadorias que possuam cotação em bolsa, com a respectiva comprovação do valor aferido, por certidão ou publicação no órgão oficial, aplicando-se a mesma permissão para dispensa, quando se tratar de títulos da dívida pública, ações de sociedade e de títulos de crédito negociáveis em bolsa. Recaindo a penhora sobre veículos automotores ou outros bens cujo valor possa ser constatado em órgãos oficiais ou anúncios de venda, a dispensa demanda prévia comprovação do valor de mercado, por parte do requerente.

39.5.7 Expropriações dos bens

A expropriação de bens, como atividade executiva, é o caminho natural para a satisfação concreta do direito de crédito, sendo praticada logo em seguida à penhora e à avaliação. Por essa via, perde o executado a propriedade dos bens penhorados, independentemente de sua vontade.

Três são as técnicas de expropriação previstas no Código de Processo Civil: adjudicação, alienação e expropriação de frutos e rendimentos de bem penhorado. As duas primeiras são reguladas entre os arts. 876 e 903 do CPC, e, a última, no capítulo destinado à penhora dos respectivos frutos e rendimentos.

Dentre as possibilidades de expropriação previstas na legislação, destaca-se a adjudicação como forma preferencial, o que se justifica pela ausência de despesas e pela maior simplicidade no trâmite processual.

39.5.7.1 Adjudicação

A adjudicação consiste na transferência do bem penhorado para o patrimônio do credor ou de terceiro legitimado, a fim de satisfazer o direito de crédito. Nesse caso, o bem é recebido voluntariamente como pagamento da dívida, que pode ter por objeto bens móveis ou imóveis.

Seu requerimento pode ser feito logo após a avaliação, cujo valor servirá de referência para apurar o pagamento da dívida. Se houver equivalência entre o valor do bem e o montante do crédito, o pagamento será total; se o valor do bem for menor, a execução segue para buscar a satisfação do crédito remanescente; se o valor do bem for maior, caberá ao exequente depositar a diferença. No sentido do texto, determina o art. 876 do CPC que o exequente pode requerer a adjudicação dos bens, desde que não ofereça preço inferior ao da avaliação.

Uma vez deferida a adjudicação, o executado será intimado do pedido, para se manifestar. A comunicação, segundo o art. 876, § 1º, do CPC, é feita pelo *Diário de Justiça*, na pessoa de seu advogado constituído nos autos; por carta com aviso de recebimento, quando o executado for representado pela Defensoria

ou quando não tiver patrono constituído; por meio eletrônico, quando se tratar de pessoa jurídica que não se enquadre no regime da microempresa ou empresa de pequeno porte, e se não houver procurador.

A intimação, advirta-se, aqui se justifica, apenas para informar o executado da iminente adjudicação e possibilitar, com base no art. 826 do CPC, que lhe seja concedida autorização judicial para remir a dívida, pagando ou consignando a importância atualizada, com acréscimo de juros, custas e honorários advocatícios.

A legitimidade para requerer a adjudicação é obviamente atribuída ao exequente, mas contempla também outras pessoas, minuciosamente descritas entre os incisos II e VIII do art. 889 do CPC:

> II – o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal;
> III – o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais;
> IV – o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais;
> V – o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução;
> VI – o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada;
> VII – o promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada;
> VIII – a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado.

Atribui-se ainda legitimidade aos credores concorrentes, que estejam nessa condição pela existência de penhoras sobre o mesmo bem. Nessa hipótese, a concorrência de legitimados para requerer a adjudicação demandará a realização de uma licitação, sendo vencedor aquele que oferecer o maior valor.

39.5.7.2 Alienação

Há duas vias processuais para promover a expropriação por alienação. A primeira delas se faz por iniciativa particular, e a segunda, por leilão judicial eletrônico ou presencial.

A alienação por iniciativa particular é feita pelo credor, diretamente, ou por meio de corretor ou leiloeiro credenciados perante a autoridade judiciária. A ausência de corretores ou leiloeiros na localidade, por sua vez, permite ao exequente escolher livremente o profissional.

Há razões evidentes para que o exequente considere preferencialmente essa opção. De início, porque o corretor deve buscar o maior valor para a alienação, e, com isso, assegura-se, consequentemente, melhores condições de satisfação do crédito. Em seguida, porque dessa forma, evita-se que, pela modalidade seguinte – leilão –, o bem penhorado seja arrematado por preço inferior ao da avaliação, frustrando, assim, a efetividade da execução.

A regulamentação da alienação por iniciativa particular é feita pelo magistrado, que diante do caso concreto estabelece o prazo para efetivar-se a alienação, a forma de publicidade, o preço mínimo, as garantias, eventual comissão de corretagem e as condições de pagamento do negócio.

Sobre o tema, determina a legislação, pelo art. 880, § 3º, do CPC, a possibilidade de os tribunais editarem disposições complementares acerca da alienação por iniciativa particular ou leilão judicial (eletrônico ou presencial), admitindo o emprego de meios eletrônicos. Com base no mesmo dispositivo, delega-se ainda, aos tribunais, a regulamentação sobre o credenciamento dos

corretores e leiloeiros públicos, com a exigência de no mínimo três anos de exercício profissional.

A alienação será formalizada por termo nos autos, com as respectivas assinaturas do juiz, do adquirente, do exequente e, eventualmente, do executado, se estiver presente. Tratando-se de bem imóvel, expedir-se-á carta de alienação, para registro no cartório competente, e o mandado de imissão na posse. Sendo, entretanto, bem móvel, bastará a entrega ao adquirente.

Não havendo requerimento do credor, ou, constatando-se a ausência de interessados na alienação particular, segue a execução pela via do leilão judicial, realizado por leiloeiro público, com ressalva feita para a alienação promovida em bolsa de valores, por corretores especializados.

O leilão judicial eletrônico pode ser feito por meio eletrônico ou presencial. O leilão eletrônico segue os mandamentos processuais, estudados pelas normas fundamentais, tais como a ampla publicidade, a segurança, a autenticidade, o contraditório, a cooperação e a boa-fé, e as normas estabelecidas pela certificação digital, mas observa regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça.

Não sendo possível a realização do leilão eletrônico, segue-se com o leilão presencial, a ser realizado em local e data determinados pelo juiz. O leiloeiro, em qualquer das duas modalidades, eletrônica ou presencial, também é determinado pelo magistrado, mas pode, no entanto, ser indicado pelo exequente.

Recai sobre a magistratura a responsabilidade de estabelecer o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias a serem prestadas pelo arrematante. Delimitados esses parâmetros, caberá ao leiloeiro, no momento seguinte, publicar o edital para anunciar o leilão, nos termos do art. 887 do CPC que, dentre outras exigências, destaca que a publicação deve ocorrer pelo menos cinco dias antes da data marcada para o leilão, que a publicação será feita na rede mundial de computadores, em sítio designado pelo juiz, com a descrição detalhada e, sempre que possível, com a ilustração dos bens. Não sendo possível a publicação do edital pela internet ou constatada a inadequação dessa forma de divulgação, diante das

condições do juízo, o edital será fixado no lugar habitual, e publicada, ao menos uma vez, sua versão resumida em jornal de grande circulação.

Sem prejuízo da publicidade do edital, a lei determina que algumas pessoas sejam comunicadas, diretamente, com pelo menos cinco dias de antecedência, nos termos do art. 889 do CPC. São elas: (I) o executado, por meio de seu advogado, ou, por carta registrada, mandado, edital ou meio eletrônico, se não houver patrono constituído; (II) o coproprietário de bem indivisível sobre o qual recaia penhora de fração ideal; (III) o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais; (IV) o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais; (V) o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução; (VI) o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; (VII) o promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; (VIII) a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado.

O leiloeiro deve, ainda, expor amostras das mercadorias, se for o caso, aos pretendentes; receber e depositar, dentro de um dia, o produto da alienação; e, prestar contas nos dois dias seguintes ao depósito. Em contrapartida, deve receber comissão do arrematante, estabelecida pelo juiz.

Cumpridas as formalidades para a publicação do edital, o bem é levado a leilão. Recorde que em momento anterior houve penhora e avaliação. Dispensada a adjudicação direta, a execução seguiu pela alienação judicial, que, por sua vez, atribuiu ao magistrado a incumbência de fixar o valor mínimo para sua arrematação, já no

edital. Dessa forma, evita-se que o arrematante proponha um preço vil e acabe frustrando, indevidamente, as pretensões de satisfação do crédito, pelo exequente. Se, entretanto, não for estabelecido previamente o valor mínimo, a lei considera vil, qualquer valor inferior a 50% da avaliação.

Respeitados os limites mínimos para a venda do bem, abre-se a oportunidade para que quem esteja na livre administração de seus bens ofereça o lance, incluindo-se aqui o próprio executado. A ressalva sobre a livre administração dos bens se justifica, pois, o art. 890 do CPC estabelece algumas exceções, vedando a participação dos tutores, curadores, testamenteiros ou administradores dos liquidantes, no que se refere aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; ao juiz, promotor e defensor, escrivão, chefe da secretaria e os demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objetos da alienação, na localidade onde atuam. Igual vedação se impõe para servidores públicos em geral quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta, e aos advogados de qualquer das partes. Veda-se, ainda, que o próprio leiloeiro e seus prepostos arrematem o bem que estejam encarregados de vender.

O primeiro leilão, como se sabe, respeita o preço mínimo, estipulado judicialmente ou determinado por lei, com base no resultado da avaliação. Por essa razão, a experiência forense demonstra pouco sucesso na tentativa inicial, já que o arrematante apresenta-se nessa condição pela expectativa de conseguir sempre o menor preço. Segue a esse previsível insucesso, uma segunda tentativa de leilão, que, agora, permite a venda do bem por qualquer valor que não seja vil.

A arrematação constará de auto, lavrado imediatamente, que poderá, ainda, conter bens penhorados em outras execuções, com a respectiva descrição das condições da alienação do bem.

É possível adquirir bem penhorado mediante pagamento parcelado. Nesse caso, o interessado deve apresentar por escrito, até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição em valor igual ou superior ao da avaliação, e, se for o caso de um segundo leilão,

proposta de aquisição por valor que não seja vil. Em qualquer dessas duas hipóteses, o interessado deve ofertar, no mínimo, 25% do valor do lance à vista, sendo permitido parcelar o restante em até trinta meses, desde que haja garantia idônea, quando se tratar de bens móveis, e hipoteca do próprio bem, se se tratar de imóvel.

Eventual inadimplemento autoriza a resolução da arrematação ou a promoção, em face do arrematante, de execução sobre o valor devido. Os pedidos, nessa hipótese, são apresentados nos autos da própria execução em que fora promovida a arrematação.

Qualquer que seja a modalidade empregada, a arrematação só se aperfeiçoa com a assinatura do auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, sendo, a partir desse momento, irretratável.

A assinatura do auto de arrematação determina a abertura do prazo de dez dias para que o executado provoque o juiz pela manifestação de possíveis causas de invalidação, ineficácia ou resolução, mencionadas pelo art. 903 do CPC, sem prejuízo de outras situações previstas no Código. Findo esse prazo sem que qualquer impugnação tenha sido apresentada, expedir-se-á carta de arrematação, que será levada a registro, no cartório de imóveis, e, o respectivo mandado de imissão na posse ou o mandado de entrega, conforme a natureza do bem arrematado.

Expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, a invalidação só poderá ser requerida por ação autônoma, cujo exequente e o arrematante figuram como litisconsortes necessários.

Deve-se considerar, ainda, eventual desistência do arrematante, com base no art. 903, § 5º, do CPC. Por lá, assegura-se imediata devolução do depósito promovido, se houver prova, nos dez dias seguintes à arrematação, da existência de ônus real ou gravame não mencionado no edital; se o executado alegar, antes da expedição da carta ou da ordem de entrega, qualquer das hipóteses de invalidação, ineficácia ou resolução, ou, se, por conta de ação autônoma de invalidação da arrematação, ele for citado, desde que desista no prazo de que dispõe para responder.

39.5.7.3 Apropriação de frutos e rendimentos de móvel ou imóvel

Como terceira modalidade de expropriação, a apropriação de frutos e rendimentos de móvel ou imóvel é regulada entre os arts. 867 e 869 do CPC. O procedimento já foi apresentado em linhas anteriores, com destaque para a nomeação de um administrador, que, na posse direta do bem, assume a responsabilidade pela destinação econômica desse bem.

39.5.8 Satisfação do crédito

A satisfação do crédito exequendo, já se sabe, pauta a atividade executiva. Sua efetivação se dá pela entrega do dinheiro ou pela adjudicação dos bens penhorados.

Vencidas as disposições processuais sobre as formas de expropriação, de acordo com o art. 905 do CPC, o magistrado autorizará o exequente singular a levantar o dinheiro depositado para segurar o juízo, o produto dos bens alienados ou o faturamento da empresa, e, mesmo, os frutos e rendimentos de coisas ou empresas penhoradas, a fim de preservar seu direito de preferência.

Diante da pluralidade de exequentes ou de credores, a satisfação do crédito observa uma ordem de preferência. Se o caso concreto seguiu pela adjudicação ou alienação, os créditos que recaírem sobre o bem, incluindo-se aí os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência. Para tanto, instaura-se um concurso especial de credores, a fim de viabilizar a dedução de pretensões ao juiz da execução. A decisão deve pautar-se pelas eventuais preferências estabelecidas em lei material, ou, na inexistência delas entre os credores, o dinheiro será distribuído em acordo com a anterioridade da penhora realizada.

39.5.9 Execução contra a Fazenda Pública

A execução contra a Fazenda Pública está regulada pelo art. 910 do CPC. Sua previsão se justifica, pois muitas vezes há descumprimento de obrigações pecuniárias por sua parte, o que disponibiliza, ao credor, título executivo extrajudicial para instaurar o processo de execução.

Cumpridas as exigências comuns sobre a formalidade da petição inicial, a Fazenda é citada para opor embargos em trinta dias. Como a defesa do executado é abordada em capítulo específico deste curso, aqui, basta identificarmos que, em sua defesa, a embargante poderá deduzir qualquer matéria licitamente dedutível na contestação. A previsão se torna razoável, pois, afinal, essa é a primeira oportunidade de manifestação da executada em juízo, que, advirta-se, nessa espécie de procedimento, não é citada para efetuar o pagamento em três dias, mas sim para defender-se em até trinta dias.

Na ausência dos embargos ou com o trânsito em julgado da decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor, em favor do exequente, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. Aplicam-se também, por expressa disposição legal, no que couber, os arts. 534 e 535 do CPC.

39.5.10 Execução de alimentos

A execução de alimentos pautada por título extrajudicial é regulada entre os arts. 911 e 913 do CPC. Trata-se de execução para a entrega de quantia certa, que, por essa razão, segue subsidiariamente o procedimento padrão para o cumprimento das obrigações pecuniárias, já visto em capítulo anterior.

As peculiaridades do procedimento executivo, advirta-se, são previstas em benefício do credor, que, diante do caso concreto, pode avaliar a conveniência de seguir por essa via ou optar pelo rito comum da execução.

Optando pelo rito especial, o executado será citado para efetuar o pagamento em três dias, aqui incluídas as parcelas anteriores à propositura da demanda e as que forem vencendo no curso do processo.

Em decorrência do contraditório, assegura-se ao réu a possibilidade de provar que já fizera o pagamento ou justificar a total impossibilidade de fazê-lo. Se os argumentos forem aceitos, a execução ficará suspensa até que cessem as causas de impossibilidade. De outro lado, se a execução não for suspensa ou se for retomada a atividade executiva, o juiz determinará, de ofício, o protesto do devedor nos órgãos de proteção de crédito e decretará a prisão do devedor, por período de um a três meses, nos termos do art. 528 do CPC. O regime de cumprimento será fechado.

A sequência do rito pode variar, conforme a especificidade da demanda. Sendo o executado funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou, ainda, empregado sujeito à legislação do trabalho, poderá o exequente requerer o desconto em folha de pagamento. O ofício deve necessariamente conter os dados para a correta identificação das partes, o valor devido a título de pensão, a conta para a qual deve ser feito o depósito e, se for o caso, o tempo de duração. O descumprimento, já se sabe, implica crime de desobediência.

Sendo o rito especial da execução de alimentos, uma opção do sistema processual para tutelar adequadamente o direito material, aqui consubstanciado por direito de crédito de natureza alimentar, admite-se que o exequente dispense essa via, e siga pelo rito estabelecido à altura do art. 824 do CPC. Nessa hipótese, recaindo a penhora sobre dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à defesa do executado (embargos) não obsta que o exequente levante mensalmente a importância da prestação já vencida.



40.1 INTRODUÇÃO

A defesa do executado, em qualquer das vias processuais, é garantida pelo contraditório. Tratando-se de cumprimento de sentença, em que a atividade executiva se afirma pela segunda fase de um processo cognitivo, a forma de defesa, por excelência, será a impugnação. De outro lado, se a execução se pautar por título executivo extrajudicial, a defesa será feita por meio de embargos à execução. Em qualquer delas, entretanto, admite-se o emprego de exceções e objeções de pré-executividade.

O Código de Processo Civil regula, minuciosamente, tanto os embargos quanto a impugnação, dispensando-lhes artigos para tratar da legitimidade, prazo, efeitos, matérias dedutíveis e eventuais recursos da decisão, mas não dispensa a mesma atenção para exceções e objeções, que, mesmo assim, permanecem no ordenamento jurídico como resultado de nossa tradição processual, sendo admitidas como espécies de defesa do executado, e que, por essa razão, são estudadas no final do capítulo.

Em qualquer das vias processuais, seja por cumprimento de sentença ou processo de execução, as defesas poderão arguir

questões de mérito e questões de admissibilidade, que, como se sabe, são preliminares.

40.2 IMPUGNAÇÃO

A impugnação ao cumprimento de sentença, como defesa do executado, é um incidente processual, que, por essa condição, resolve-se por decisão interlocutória, cujo recurso correlato será o agravo de instrumento.

Sua regulamentação é feita no capítulo dedicado ao cumprimento definitivo de sentença para a entrega de quantia certa. Há, entretanto, que se considerar, por força dos arts. 520, § 1º, e 527 do CPC, que sua aplicação se admite em qualquer espécie de cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, para qualquer espécie de obrigação: fazer, não fazer, entregar coisa ou quantia certa.

O prazo para o oferecimento da impugnação é de quinze dias, com ressalva para o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, que, em razão de prerrogativa processual, goza de trinta dias para apresentar a impugnação, para os litisconsortes com procuradores distintos, nos termos do art. 229 do CPC, e para os autos eletrônicos.

O termo inicial para o cômputo do prazo da impugnação, no cumprimento de sentença para a entrega de quantia, por expressa determinação legal, correrá, independentemente de penhora ou nova intimação, após o primeiro prazo de quinze dias, estabelecido para o cumprimento voluntário da obrigação. Note que aqui temos dois prazos de quinze dias: o primeiro, para a satisfação voluntária do crédito; o segundo, para a apresentação da defesa.

Se o cumprimento de sentença, entretanto, for instaurado para qualquer das outras obrigações, já se sabe que o prazo para o cumprimento voluntário, em razão da identidade da demanda e da complexidade da obrigação, será determinado, caso a caso, pelo magistrado. Por isso, muito embora o segundo prazo de quinze dias, dispensado para a impugnação, se mantenha, o primeiro, delimitado

para o cumprimento voluntário, vai variar em acordo com a identidade da demanda. Dito de forma mais simples: nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, o prazo inicial para o cumprimento é variável; findo esse primeiro prazo, abre-se o segundo, de quinze dias, para a impugnação.

A impugnação, enquanto defesa do executado no cumprimento de sentença, pressupõe uma primeira fase, cognitiva, com exercício do contraditório, e, por decorrência disto, ampla possibilidade para as partes deduzirem seus argumentos, produzirem provas e influenciarem a conclusão judicial. Há, portanto, razão para que o legislador, ao tratar da matéria dedutível por impugnação, limite as possibilidades.

Nesse sentido, informa o art. 525 do CPC que o executado pode alegar, por impugnação, matérias que, por algum motivo, não puderam ser deduzidas na fase cognitiva. Vejamos cada uma delas, isoladamente.

A primeira matéria alegável na defesa do executado trata da falta ou nulidade da citação se, durante a fase cognitiva, o processo correu à sua revelia. Evoca-se, com isso, a existência de vício anterior à própria angularização da relação processual, com claro prejuízo ao contraditório. A previsão se justifica, pois, a formação do título executivo, nesse caso, é comprometida de tal forma, que uma vez acolhida a impugnação, deve-se retornar à fase inicial, para assegurar ao demandado a oportunidade de contestar e participar, efetivamente, de toda a instrução processual.

A segunda matéria de defesa versa sobre a ilegitimidade de parte. Recorde-se que a ilegitimidade, neste curso compreendida como pressuposto processual, deve ser alegada ainda na fase de conhecimento e pode mesmo ser conhecida de ofício pelo magistrado, não sendo, portanto dessa ilegitimidade que se trata na impugnação. Aqui, alega-se ilegitimidade para o cumprimento de sentença, que, por essa mesma razão, não poderia ser alegada ou conhecida na fase cognitiva. Pense, por exemplo, na possibilidade de o autor/credor ter postulado apenas a condenação do réu/devedor, na fase cognitiva, mas que, ao final, no cumprimento de sentença, almeje expropriar bens do fiador/responsável, sem que

ele jamais tenha figurado no processo, elidindo-se, desta forma, qualquer chance de exercício do contraditório. No sentido do texto, a Súmula 268 do STJ afirma que: “O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

Outra hipótese pode ser a do cumprimento de sentença pautado por sentença penal condenatória, que demandará liquidação e posterior cumprimento de sentença para a satisfação do crédito na esfera cível. Nesse caso, perceba que eventual equívoco, na indicação do réu, viabiliza a alegação de ilegitimidade, que aqui se deduz de forma originária, se o réu não for a pessoa condenada pela sentença penal.

Uma terceira possibilidade trata da inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. São diversas as hipóteses contempladas pelo dispositivo. Basta pensar, por exemplo, em obrigação ainda sujeita a termo ou condição suspensiva, que, nessas circunstâncias, compromete um dos requisitos para a formação do título executivo e a possibilidade de iniciar-se a atividade executiva.

Há, ainda, as causas discriminadas pelo art. 525, §§ 12 e 13, do CPC, com referência expressa às obrigações reconhecidas em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou, fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Sobre as causas de inexigibilidade atreladas às decisões da Suprema Corte, devemos ainda considerar que, em atenção à segurança jurídica, admite-se a modulação de seus efeitos, e que, por tal razão, cabe ao executado, em sua impugnação, demonstrar a não influência disso sobre a decisão exequenda. Por fim, é necessário observar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal deve ter sido anterior ao trânsito em julgado da decisão judicial em que se pauta a fase executiva. É dizer: a sentença que se busca cumprir para obter-se a satisfação do crédito deve ter se tornado definitiva antes da decisão do STF.

Uma quarta matéria deduzível por impugnação trata da penhora incorreta ou avaliação errônea. Já se sabe que esses atos podem ser praticados tanto antes como depois da apresentação da defesa, pois esta independe da garantia do juízo. Se a penhora e a avaliação forem feitas em momento anterior, cabe ao demandado arguir eventuais vícios, que, por excesso ou irregularidade, tenham sido cometidos. Se, entretanto, esses atos executivos forem praticados após o prazo da defesa, poderá o demandado peticionar, de forma simples, pela correção. Pense, por exemplo, em penhora de bem que, por disposição legal, seja impenhorável, ou, que a avaliação do bem traduz valores muito abaixo do referencial de mercado.

Uma ressalva se faz sobre a execução contra a Fazenda Pública, que, pela especialidade do procedimento, não admite essa matéria de defesa na impugnação, o que se justifica pela própria ausência de penhora e avaliação, que, nessa via processual, são substituídas pela ordem de pagamento ou pela formação de precatórios.

A quinta matéria de defesa prevista para a impugnação versa sobre o excesso de execução ou a cumulação indevida de execuções. As hipóteses de cabimento do excesso são descritas pelo art. 917, § 2º, do CPC. Há, portanto, excesso: quando o exequente pleitear quantia superior à do título; quando recair a execução sobre coisa diversa daquela declarada no título; quando o procedimento jurisdicional se der de forma distinta daquela estabelecida no título; quando o exequente exigir o adimplemento da prestação sem antes cumprir a prestação que lhe cabe; e, ainda, quando o exequente não comprovar que a condição suspensiva do caso concreto se realizou.

A primeira hipótese, mais comum no meio forense, impõe para a parte que apresenta impugnação, a indicação precisa do valor que lhe parece devido, acostando, para esse fim, o respectivo demonstrativo com o valor atualizado e os cálculos aplicados para chegar ao resultado. A exigência, nesse caso, torna-se um requisito de admissibilidade, pois sua ausência implica rejeição liminar, sem resolução de mérito, se esse for seu único fundamento. Ao revés, a

existência de outro fundamento para a impugnação elide sua rejeição liminar, mas impede o exame sobre o excesso de execução por valor superior ao que supostamente é devido.[302]

A cumulação indevida de execuções decorre da inobservância do art. 780 do CPC. O dispositivo estabelece, como requisitos para a cumulação de execuções – ainda quando estas sejam fundadas em títulos diferentes, perante o mesmo executado –, que o juízo seja competente para apreciar todas elas e que em todas idêntico seja o procedimento. Eventual violação desses termos, ao final, pode ser arguida por meio da impugnação.

O sexto tema previsto para possível dedução na defesa refere-se à incompetência absoluta ou relativa do juízo de execução. Recorde que o cumprimento de sentença se efetua perante os tribunais, se sua competência for originária; segue pelo mesmo juízo que proferiu a decisão de primeiro grau; ou ainda, no juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, sentença estrangeira, sentença arbitral ou acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Violado qualquer desses critérios, que, em sua maioria, retratam a competência funcional do juízo, poderá o réu arguir por impugnação a incompetência absoluta ou relativa. É certo que, no caso prático, quando toda a primeira fase tramitara sobre determinado juízo, com a respectiva chance de arguição por meio da contestação ou de simples petição, será difícil sustentar o argumento numa segunda fase, já tão adiantada do processo. Há, entretanto, uma aplicação mais provável, nas hipóteses em que o título executivo judicial se forma em órgão distinto, a exemplo da sentença condenatória ou da sentença estrangeira, porque aqui, a impugnação pode ser a primeira oportunidade de manifestação do executado na esfera cível.

Por fim, assegura-se ao executado, por meio de impugnação, a possibilidade de arguir qualquer causa de modificação ou extinção da obrigação, como o pagamento, a transação, a compensação ou a prescrição, desde que sejam supervenientes à formação do título executivo judicial.

Encerram-se estas considerações com destaque para a limitação das matérias elencadas no art. 525, § 1º, do CPC, que, em nossa avaliação, retratam uma proposta descritiva, e, por essa razão, desfocada da faticidade, que inexoravelmente traz sempre algo novo, não pensado antes pelo legislador. Em que pese a orientação doutrinária pela percepção taxativa das hipóteses, advirta-se que não há óbice para que o executado alegue, em sua defesa, fato ou circunstância superveniente, ainda não descrita no dispositivo, mas correlata ao contraditório e ao direito fundamental da tutela adequada.

Vencidas as matérias deduzíveis pela impugnação, seguimos para identificar os efeitos atribuídos a essa espécie de defesa. De modo geral, sua apresentação não impede o prosseguimento do cumprimento de sentença. Em termos práticos, isso significa que a defesa do executado não impede a prática de atos executivos, incluindo-se aqui os atos de expropriação. De outra forma, entretanto, pode-se atribuir efeito suspensivo à impugnação, com a consequente paralisação temporária da atividade executiva, até o julgamento da defesa. Para tanto, deve o executado observar os requisitos estabelecidos pelo art. 525, § 6º, do CPC: a garantia do juízo com penhora, caução idônea ou depósito suficiente para assegurar futura e eventual satisfação do crédito; fundamentos relevantes; e, ainda, demonstrar a probabilidade de o prosseguimento da execução lhe causar dano grave de difícil ou incerta reparação. Conjugando-se todas essas circunstâncias, será possível ao juiz, mediante requerimento, atribuir efeito suspensivo. Deve-se, entretanto, considerar que a concessão do efeito não alcança os demais executados-impugnantes, quando o fundamento deduzido por um deles lhe for exclusivo.

O efeito suspensivo, eventualmente concedido à impugnação, não impede a prática de atos como a substituição, o reforço, a redução da penhora ou mesmo a avaliação dos bens. Dito de forma mais simples: o efeito suspensivo serve apenas para evitar a prática de atos expropriatórios. De outro lado, assegura-se ao exequente a possibilidade de requerer o prosseguimento da execução,

eventualmente suspensa, se prestar, nos próprios autos, caução suficiente, a ser atribuída pelo juiz.

Apresentada a impugnação e resolvida a questão sobre a concessão ou não do efeito suspensivo, por respeito ao contraditório, será ouvido o exequente, em igual período de 15 dias, por meio de contrarrazões. Segue-se a isso eventual instrução probatória para comprovar as alegações deduzidas no incidente processual e, ao final, uma decisão judicial.

40.3 EMBARGOS

O embargo à execução é regulado entre os arts. 914 e 920 do CPC. Sua natureza jurídica se afirma como processo autônomo, que incide sobre o processo de execução. Têm-se, portanto, dois processos: o primeiro, de execução, deflagrado para a satisfação concreta do direito de crédito; e o segundo, de conhecimento, cuja finalidade é viabilizar, mediante ampla dilação probatória, as manifestações de defesa do executado.

Nesse processo de conhecimento, instaurado por meio dos embargos, o contraditório se exerce com todas as garantias de influência e não surpresa, sinalizadas pelas normas fundamentais, afinal, em sentido diverso da impugnação, essa é a primeira e talvez a única oportunidade do executado se manifestar e, por essa razão, asseguram-se todos os meios de prova para que, ao final, formada a convicção judicial, seja proferida uma decisão.

Os embargos são promovidos pelo executado, que aqui se apresenta como legitimado ativo, e podem visar a toda a atividade executiva ou à prática de apenas um ato isolado. Note, por exemplo, que defesas sobre a inexistência do título, ou mesmo, sobre a falsidade da assinatura posta no documento, visam à extinção, ao passo que compensações parciais, de outro lado, afetam o limite da expropriação, sem com isso elidir a atividade executiva, que permanece, nesse caso, sobre o valor remanescente.

Por sua natureza de processo autônomo, os embargos são apresentados por meio de petição inicial, distribuída por

dependência para o juízo da execução. O procedimento se justifica em decorrência da competência funcional, que, como se sabe, é absoluta. Por isso, o juízo da execução será o mesmo do processo cognitivo instaurado pela defesa do executado.

Se a identidade do caso concreto reclamar que a penhora seja feita por carta, os embargos poderão ser oferecidos, excepcionalmente, tanto no juízo deprecante como no juízo deprecado. Em que pese a concorrência para o processamento da defesa, a competência para julgá-la será do juízo deprecante, com ressalva feita para a hipótese de a defesa arguir somente vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado, já que nesse mesmo juízo o ato fora praticado. Há, portanto, que se identificar a competência para processar a defesa, que, eventualmente, admite ampliação da competência para o julgamento.

Seguindo as mesmas lições da experiência, o legislador, do mesmo modo que regulou a impugnação, também aqui não exige a garantia do juízo para o oferecimento dos embargos. Em termos práticos, isso significa dizer que, mesmo sem bens passíveis de penhora, o devedor poderá se defender, e, uma vez distribuídos os embargos, eles serão autuados em apartado, tramitando conjuntamente com o processo de execução, com evidente ressalva feita aos autos eletrônicos.

O prazo para o oferecimento dos embargos é de quinze dias, contados na forma do art. 231 do CPC. Há, todavia, exceção para as execuções promovidas por carta, que seguem regras específicas, inseridas pelo art. 915, § 2º, do CPC. Também por disposição específica, afasta-se o prazo para a apresentação dos embargos por litisconsortes com advogados diferentes, de escritórios distintos, ao argumento de que aqui se trata de uma nova ação. Convém observar outras duas disposições específicas sobre o prazo dos embargos para o litisconsórcio: o prazo será contado de forma independente, para cada um deles, à medida que forem realizadas as respectivas citações, com exceção prevista para a hipótese de cônjuges ou companheiros, que, nesse caso, passa a computar o

prazo pela via convencional, a partir da citação do último litisconsorte.

No prazo para o oferecimento dos embargos, o executado pode reconhecer o crédito do exequente, e, com isso, optar pelo depósito de ao menos 30% do valor em execução, já com os acréscimos de juros e honorários advocatícios, e parcelar o restante em até seis vezes.

O parcelamento é direito potestativo do executado, que, ao seguir por essa via, abre mão de sua defesa. Deve-se, no entanto, considerar que, de outro lado, o exequente/embargado tem assegurado, por mandamento constitucional, a incidência do contraditório, a fim de garantir eventuais arguições sobre irregularidades nos requisitos do parcelamento. Por essa razão, determina o art. 916, § 1º, do CPC, que ele seja intimado para se manifestar sobre a regularidade do depósito e do parcelamento, no prazo de cinco dias, sendo, em igual período, decidido o requerimento pelo magistrado.

Se deferido, os valores depositados serão levantados pelo exequente e a execução permanecerá suspensa durante o período do parcelamento, desde que o executado cumpra com regularidade sua obrigação. Ao revés, o não pagamento de qualquer das prestações implica, cumulativamente: o vencimento antecipado das parcelas restantes com a retomada da atividade executiva, e, a incidência de multa, fixada em 10% sobre o valor remanescente. O indeferimento, por sua vez, acarretará a retomada da execução com a conversão do valor previamente depositado para o parcelamento, em penhora.

Em que pese a conveniência da adequação da tutela jurisdicional às peculiaridades da demanda e a consequente relativização do procedimento executivo, por expressa disposição legal, o parcelamento disposto como opção, no processo de execução, não se aplica ao cumprimento de sentença (art. 916, § 7º, do CPC).

É possível que o executado, em vez de optar pelo parcelamento, resolva apresentar embargos à execução, que, como se sabe, requer formulação de petição inicial, nos termos gerais dos arts. 319

e 320 do CPC. Há, todavia, que observar, pela especialidade da demanda, a indicação precisa do valor da causa, que aqui representa o valor a ser auferido com a defesa, e que nem sempre coincide com o valor da execução. Para tanto, basta imaginar a hipótese de compensação parcial, quando então, será fácil identificar a diferença entre os valores da execução e dos embargos.

Essa petição inicial, sem prejuízo das formalidades tradicionais, deve ainda considerar a matéria de defesa dedutível na execução, com amparo no art. 917 do CPC.

A primeira matéria ventilada no dispositivo trata da inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. Com isso, argui-se vício na formação do próprio título executivo, que, nessa condição, observa os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Como não há execução sem título, o acolhimento dessa alegação pode levar à extinção do processo de execução.

A segunda matéria versa sobre penhora incorreta ou avaliação errônea. Já se sabe que a apresentação dos embargos não pressupõe a garantia do juízo. Entretanto, caso a defesa seja apresentada em momento posterior à penhora ou à avaliação, poderá o executado alegar eventuais vícios na penhora ou equívocos no valor atribuído pelo avaliador.

O excesso de execução e a cumulação indevida de execuções compõem a terceira matéria descrita pelo legislador. A exemplo do que se faz na impugnação ao cumprimento de sentença, também aqui, identifica-se o excesso de execução: quando o exequente pleiteia valor superior ao valor descrito no título; quando a execução recai sobre coisa diferente daquela previamente declarada no título executivo; quando ela se processa por via diversa; quando o exequente exige adimplemento do executado sem antes cumprir sua prestação; e, ainda, quando o exequente não comprova a realização da condição a que estava submetida a exigibilidade. A alegação de excesso de execução impõe para o embargante o ônus de informar o valor que considera devido, por meio de demonstrativo discriminado.

A quarta matéria refere-se à execução para a entrega de coisa certa, permitindo que o executado-embargante sustente o direito de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, realizadas no bem. Admite-se, nesse caso, que o exequente-embargado apresente requerimento pela compensação, deduzindo-se, para tanto, do valor da execução, os frutos ou danos devidos.

A quinta matéria compreende a incompetência absoluta ou relativa do juízo, que, assim como na impugnação ao cumprimento de sentença, também aqui pode ser arguida em matéria de defesa. Há, entretanto, maior probabilidade de essa alegação ser feita por embargos, vez que normalmente essa é a primeira oportunidade de manifestação do executado no processo. Por essa mesma razão, encerra-se a descrição do tema com destaque para a possibilidade de o executado arguir, em sua defesa, qualquer outra matéria que lhe fosse lícito arguir em processo de conhecimento.

Oferecidos os embargos, deverá o magistrado exercer, de início, juízo de admissibilidade, para verificar a regularidade formal da demanda. Como aqui se trata de petição inicial, é correto afirmar que haverá rejeição liminar quando se constatar a intempestividade, quando a hipótese retratar as causas de indeferimento ou improcedência liminar da inicial, e, ainda, quando forem manifestamente protelatórios.

Se o caso não culminar com a rejeição liminar, os embargos serão recebidos, em regra, sem efeito suspensivo, cabendo ao juiz, mediante requerimento do embargante, avaliar a possibilidade de concessão, em decorrência de terem sido observados os requisitos para a tutela provisória, seja de urgência ou evidência, e a garantia do juízo por meio de penhora, depósito ou caução.

O requerimento para a concessão do efeito suspensivo normalmente é feito na inicial dos embargos, mas nada impede que seja deduzido em momento posterior, se por qualquer motivo, os requisitos forem preenchidos durante o trâmite da execução. Sobre esse tema, destacamos um julgado recente da Terceira Turma do STJ que, no REsp 1.846.080/GO, ratifica a natureza cumulativa dos requisitos para concessão de efeito suspensivo aos embargos, pelas palavras da Ministra Nancy Andrighi: “Frisa-se que

mencionados requisitos devem estar presentes cumulativamente para a atribuição do pretendido efeito suspensivo aos embargos e, ainda, que, caso presentes tais requisitos, não há discricionariedade para o julgador deferir o pleito".[303]

No que se refere à extensão, os efeitos podem ser parciais, se afetarem apenas uma parcela do objeto da execução. Nesse caso, ela prosseguirá quanto à parte remanescente. Deve-se ainda registrar que a concessão do efeito suspensivo não impede a prática dos atos executivos de reforço, substituição ou redução da penhora e a respectiva avaliação dos bens, o que, em termos práticos, nos permite concluir que, com a concessão, elide-se apenas os atos de expropriação e satisfação do crédito.

Por decorrência do contraditório, recebidos os embargos, deve-se ouvir o exequente-embargado no prazo de quinze dias. Como aqui tratamos de um novo processo, cognitivo e incidente ao processo de execução, a comunicação será feita por citação, na pessoa de seu advogado.

Seguindo-se o modelo cognitivo do processo de conhecimento instaurado pelos embargos, podemos concluir que a falta de resposta do embargado implica revelia, com consequências importantes para o desenvolvimento da execução, isso porque, nesse caso, excepcionalmente, a revelia produz seu efeito material, autorizando presunções sobre as alegações deduzidas na inicial dos embargos, sem com isso afastar as presunções de certeza, liquidez e exigibilidade constantes do título acostado à inicial do processo de execução. Dito de maneira mais simples: a falta de resposta do embargado implica revelia. A revelia produz o efeito material. Esse efeito material, entretanto, não alcança o título executivo, mas eventuais alegações feitas sobre os atos executivos, tais como a penhora incorreta ou o excesso de execução.

Efetivado o contraditório e a possibilidade de manifestação do exequente, o juiz deve avaliar se a causa já permite o julgamento do pedido, ventilado na inicial dos embargos, ou, se a circunstância demanda dilação probatória e uma correlata audiência de instrução para, ao final, proferir sentença.

40.4 EXCEÇÕES DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Houve época em nosso ordenamento jurídico em que se exigiu a garantia do juízo para o oferecimento da defesa. Nesse contexto, é fácil identificar a dificuldade de acesso à justiça das pessoas menos abastadas, que, sem patrimônio para viabilizar a penhora ou mesmo a entrega de uma caução idônea, sequer poderiam arguir questões de ordem pública, para elidir a atividade executiva.

Em resposta a essas questões, forjou-se, na doutrina, a figura da exceção de pré-executividade, que, como tal, não constava na legislação, e, por essa mesma razão, não encontrava prévia regulamentação.

Foi nossa tradição jurídica que, aos poucos, delimitou as hipóteses de cabimento, o prazo e mesmo as matérias deduzíveis por essa espécie de defesa. Em termos práticos, pode-se (podemos) constatar que a exceção de pré-executividade, tinha (tem), por finalidade, assegurar o contraditório e a ampla defesa, permitindo ao executado defender-se, mesmo quando não pudesse garantir o juízo.

Para tanto, convencionou-se que as matérias ali ventiladas deveriam (devem) tratar apenas de questões que pudessem ser conhecidas de ofício e não sujeitas à preclusão. Pense, por exemplo, na falta de exigibilidade da obrigação ou mesmo na prescrição. A primeira delas implica extinção por ausência de pressuposto processual; já a prescrição implica extinção por decisão de mérito. Todas elas poderiam (podem) ser apresentadas ao juiz da execução, por meio da exceção, mesmo sem que houvesse penhora ou entrega de caução, a fim de franquear, ao executado, a oportunidade de manifestação no processo, independentemente de sua condição patrimonial.

Ainda sob o regime processual anterior, de 1973, a Lei 11.382/2006 suprimiu essa exigência de garantia do juízo para o oferecimento dos embargos, o que levou parte da doutrina a considerar o fim da exceção de pré-executividade. Argumentou-se, na época, que tudo o que poderia ser arguido por essa via já seria assegurado deduzir nos próprios embargos à execução.

Hoje, o CPC não exige a garantia do juízo para a apresentação das defesas, seja por meio de impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução, e também não regula a figura da exceção, o que pode, inicialmente, legitimar conclusões por sua desnecessidade. Ocorre, todavia, que tanto a impugnação quanto os embargos observam prazo regular de quinze dias, ao tempo que a exceção pode ser apresentada a qualquer tempo, e, justamente por essa razão, tanto doutrina como jurisprudência sustentam a manutenção dessa espécie de defesa no sistema atual.

Retomando-se a referência doutrinária e jurisprudencial, constatamos que o desenvolvimento de nossa tradição jurídica não apenas manteve o instituto, mas ampliou as hipóteses de cabimento, permitindo ao executado deduzir matérias que, mesmo sujeitas à provocação das partes, não demandem dilação probatória. É dizer: admitiu-se, com o tempo, que a exceção de pré-executividade contemplasse as questões *prima facie.* Veja, por exemplo, nesse contexto, que o próprio adimplemento da obrigação, feito em momento anterior à execução, pode ser arguido pela exceção, evitando-se, assim, que o executado tenha bens penhorados para alegar a inexistência da dívida.

Por tudo o quanto se expôs, entendemos que a exceção de pré-executividade permanece em nosso ordenamento, sendo útil ao exercício da tutela adequada, ao contraditório e à desestruturação do procedimento executivo, que, nesse caso, viabiliza, por exemplo, deduções materiais que o juiz possa conhecer de ofício, mesmo que em momento posterior ao prazo dos embargos ou da impugnação, se o fato for superveniente.

Admitida a exceção como defesa do executado, deve-se atentar para a ausência de efeito suspensivo, o que se justifica pela própria inexigibilidade de garantia do juízo ou qualquer outro requisito de admissibilidade correlacionado às tutelas de urgência ou evidência. Já a decisão proferida no julgamento da exceção pode variar, conforme a matéria deduzida. Normalmente se trata de decisão interlocutória, cujo recurso pertinente é o agravo de instrumento. Se, entretanto, a hipótese trouxer uma questão que implique extinção da

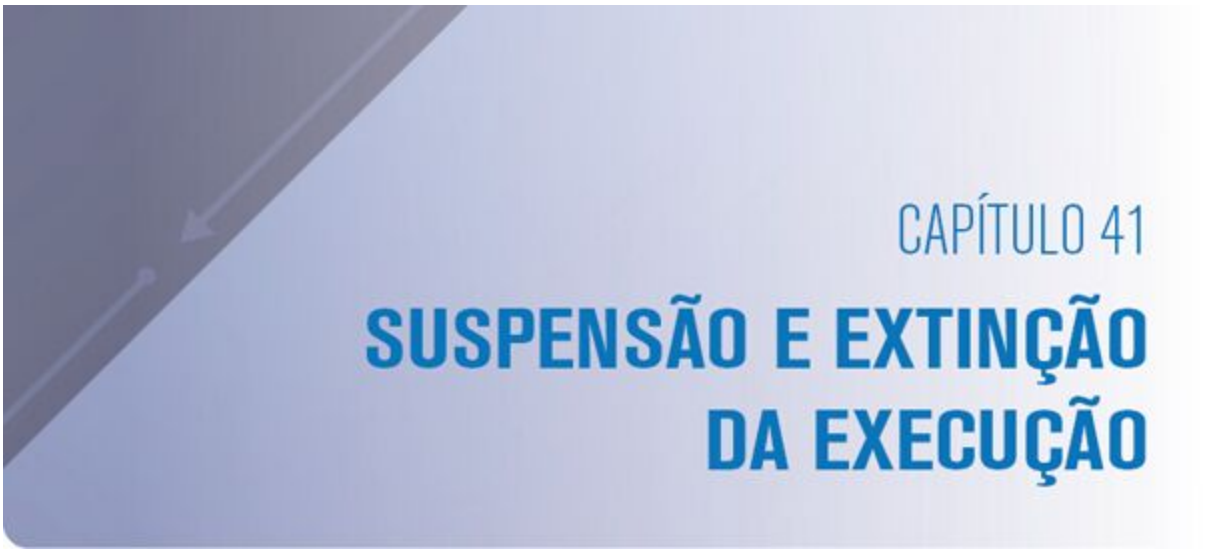
exceção, como o pagamento ou a prescrição, tratar-se-á de sentença, passível de apelação.

PRINCIPAIS DEFESAS DO EXECUTADO	
A defesa do executado, em qualquer das vias processuais, é garantida pelo contraditório. As mais importantes defesas do executado são: a impugnação ao cumprimento de sentença, os embargos à execução e a exceção de pré-executividade.	
IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA	
Conceito	Trata-se de incidente processual, admitido em qualquer cumprimento de sentença, seja ele provisório ou definitivo.
Prazo	Quinze dias, contados a partir do encerramento do prazo para o cumprimento voluntário, que pode ser de quinze dias para quantia certa, ou arbitrado pelo juiz, nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa. O prazo correrá independentemente de intimação ou penhora. Também aqui se aplicam as disposições sobre alteração de prazos para a Fazenda, os litisconsortes e para o processo eletrônico.
Garantia do juízo	Serve para a concessão do efeito suspensivo, mas não impede a apresentação da defesa.

EMBARGOS À EXECUÇÃO	
Conceito	É um processo incidente, de conhecimento, distribuído por dependência para o processo de execução.
Prazo	Quinze dias, contados na forma do art. 231 do CPC. Nas execuções promovidas por cartas, aplica-se o art. 915, § 2º, do CPC. Havendo mais de um executado, o prazo para cada um deles conta-se a partir da juntada do respectivo comprovante da citação, salvo no caso de cônjuges ou de companheiros, quando será contado a partir da juntada do último.
Garantia do juízo	Serve para a concessão do efeito suspensivo, mas não impede a apresentação da defesa.
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	
Conceito	Defesa atípica do executado. Pode ser alegada por simples petição.
Prazo	Não há prazo, pois a matéria não é regulada, expressamente, pelo CPC.
Garantia do juízo	Não se exige a garantia do juízo.
Limitação da matéria	A jurisprudência do STJ só admite a exceção para as hipóteses em que não há necessidade de dilação probatória.

[302] As duas últimas hipóteses ventiladas no dispositivo, advirta-se, em que pese a menção legislativa, em verdade traduzem causas de inexigibilidade do título e não de excesso de execução.

[303] A íntegra do acórdão está disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2010135&num_registro=201902383692&data=20201204&formato=PDF>.



41.1 SUSPENSÃO

O processo, enquanto relação jurídica, pode ser suspenso total ou parcialmente. Muitas das causas de suspensão são previstas na parte geral do CPC, entre os arts. 313 e 315, aplicando-se, portanto, ao processo de execução e à fase executiva do processo de conhecimento sincrético. Há, entretanto, causas específicas de suspensão, reguladas pelo art. 921 do CPC, para o processo de execução.

A primeira hipótese regulada no dispositivo versa sobre as causas gerais de suspensão, já aqui mencionadas em páginas anteriores, cuja aplicação se dará sempre diante da peculiaridade da causa.

A segunda causa trata dos efeitos suspensivos, eventualmente concedidos aos embargos, mas que, por interpretação sistemática, também se aplica à impugnação. Nessa hipótese, a execução permanece suspensa até o julgamento da defesa do executado, que tanto pode-se dar por sentença como por decisão interlocutória.

É importante registrar que a suspensão resultante da defesa do executado, ainda que seja total, não impede a prática de atos de penhora, nem sua eventual ampliação, redução ou substituição. Na

prática, portanto, ainda que o executado goze do efeito suspensivo da execução, isso só será percebido na fase final, dedicada à expropriação, quando então haverá óbice para a satisfação do crédito, até que a defesa seja julgada.

A terceira causa de suspensão decorre da falta de bens penhoráveis, que implica paralisação da atividade executiva por período de até um ano, ressalvando-se que, nesse interstício, também se suspende o prazo prescricional sobre a pretensão de crédito do exequente.

Decorrido o prazo legal de suspensão por ausência de bens, sem que se possam localizar alternativas amigáveis ou judiciais para a satisfação do crédito, os autos serão arquivados, com a respectiva abertura do prazo prescricional, que aqui se chama de prescrição intercorrente, em razão do processo já ter sido instaurado. Não há determinações legislativas no Código de Processo Civil sobre o tempo da prescrição intercorrente, que, nesse caso, segue as delimitações da lei civil, que fixa, por sua vez, em dez anos, o prazo prescricional, na ausência de disposições específicas.

O reconhecimento judicial da prescrição, já por expressa disposição do art. 10 do CPC, demanda prévia oitiva das partes, pois o contraditório, enquanto norma fundamental do sistema processual, estabelece, sob obediência constitucional, as bases para o exercício da jurisdição civil, e, nesse contexto, veda expressamente as decisões-surpresas, ainda quando a matéria possa ser conhecida de ofício pela magistratura. Nesse sentido, o legislador, ao tratar do tema, na execução, informa que o juiz, depois de ouvidas as partes no prazo de quinze dias, poderá reconhecer a prescrição, e, por conta disso, extinguir o processo de execução.

A quarta e última causa de suspensão prevista pelo citado dispositivo aborda o parcelamento, disponibilizado ao executado por força do art. 916 do CPC. A hipótese, já comentada em momento anterior deste curso, coaduna-se com a redação do art. 922 do CPC, que permite, às partes, avaliar a conveniência de obter

declaração judicial acerca da suspensão da execução durante o prazo concedido para o cumprimento voluntário da obrigação.

Encerram-se estas considerações com destaque para o fato de que o rol não exaure as possibilidades de suspensão, e, para tanto, basta evocar as causas de suspensão previstas na parte geral da legislação processual. Ademais, pode a execução ser suspensa por demanda autônoma, a exemplo da ação rescisória, cuja finalidade, nesse caso, é rescindir a decisão que embasa o cumprimento de sentença.

41.2 EXTINÇÃO

O processo de execução será extinto por sentença, que pode evocar em sua fundamentação algumas hipóteses ventiladas no art. 485 do CPC; e as prescrições do art. 924 do CPC, por acolhimento da defesa do executado, ou, ainda, pela desistência do credor.

A primeira causa de extinção retrata o indeferimento da inicial, cujas causas são previstas pelo art. 330 do Código de Processo Civil, e destacam: a inépcia da inicial; a ilegitimidade; a falta de interesse processual; o descumprimento das disposições destinadas ao advogado que atue em causa própria; e, a falta de correção de erro já declinado pelo juiz em cumprimento do dever de cooperação-correção.

A segunda causa prevista para justificar a extinção decorre da própria satisfação do direito de crédito, que tanto pode se alcançar pela força estatal, como pelo comportamento voluntário do executado ou de terceiro.

A terceira previsão trata da extinção total da dívida, o que pode acontecer, sem a necessária satisfação do direito de crédito. É que existem outras formas de extinção da obrigação, a exemplo da novação, sem uma correlata satisfação do direito de crédito, o que justifica a menção legislativa.

A renúncia ao crédito aparece como quarta causa de extinção da execução. É certo que essa renúncia implica extinção da própria

obrigação, e, com isso, exaure-se a finalidade da atividade executiva.

A última causa de extinção prevista aborda a prescrição intercorrente, nos termos já ventilados sobre a suspensão, o arquivamento, o termo inicial, o prazo e sua regulação pelo direito material, a necessária comunicação das partes, e, seu posterior reconhecimento judicial.

A extinção da execução só produz efeitos quando declarada por sentença, que, no processo de execução, não trata da resolução ou não resolução de mérito, mas sim da extinção pela satisfação do direito de crédito, pela extinção da obrigação, ou ainda, pela impossibilidade de satisfação do crédito, em todas as suas variáveis, seja pela inexistência de bens, pela prescrição, ou, ainda, pelo acolhimento dos argumentos aduzidos na defesa. Isso se justifica pelo fato de a sentença concluir o procedimento sem que seu conteúdo seja o objeto central da satisfação do direito. Dito com linhas mais simples: a satisfação do crédito ou sua impossibilidade é uma decorrência fática. Se, por circunstâncias normais, houver adimplemento, forçado ou voluntário, isto terá satisfeito o direito de crédito e não a sentença judicial, que, nesse caso, chega tarde e apenas encerra a atividade jurisdicional.



42.1 INTRODUÇÃO

O Livro III da Parte Especial do CPC é dedicado ao processo nos tribunais, aos meios de impugnação das decisões judiciais e ao sistema de precedentes adotado pelo ordenamento processual civil brasileiro, com aplicação subsidiária aos demais ramos processuais.

Temas relacionados à formação democrática de nossa tradição jurídica e à interpretação constitucional do CPC, a partir dos vetores hermenêuticos da coerência e da integridade, e, os conceitos e aplicações da jurisprudência e dos precedentes foram apresentados nas primeiras linhas deste curso, para onde remetemos o leitor, em eventual necessidade de recordar-se de qualquer dessas lições. Por aqui, comentaremos as disposições específicas que direta e indiretamente afetam o exercício da função jurisdicional. Trataremos da jurisprudência e dos deveres institucionais das respectivas Cortes e veremos, numa perspectiva prática, os detalhes de cada um dos procedimentos estabelecidos pelo CPC, que contemplam hipóteses de competência originária e derivada e avançam para especificar os procedimentos de formação de precedentes vinculantes e julgamentos de demandas repetitivas.

42.2 JURISPRUDÊNCIA

As disposições gerais são previstas entre os arts. 926 e 928 do CPC, impondo aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Sobre esse mesmo tema, os tribunais, na forma de seu regimento interno, devem editar enunciados de súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante. A mesma diretriz se aplica aos órgãos fracionários do tribunal, que, por disposição lógica, precisam respeitar sua própria jurisprudência.

Essa constante orientação decisória entrega previsibilidade para o jurisdicionado, que percebe estabilidade do entendimento jurídico acerca da matéria. Não se pode, entretanto, sustentar, de outro lado, a imutabilidade da norma, nesse momento compreendida como o resultado da interpretação, que, em cada momento histórico, é condicionada e pode sofrer alterações. Na prática, isso significa que a jurisprudência pode ser alterada, democraticamente, pela evolução constante na sociedade. Para tanto, observam-se as diretrizes do art. 926, §§ 3º e 4º, do CPC. Havendo modificação, os efeitos podem ser modulados em prol da segurança jurídica e do interesse social, o que evidentemente se fará por decisão fundamentada, específica e adequada. Em síntese: a estabilidade evita mudanças arbitrárias ou discricionárias, mas não elide alterações e eventuais modulações, a fim de atualizar a compreensão jurídica do tema e sua consequente aplicação.

Por fim, atribui-se à jurisprudência, por força da “Emenda Streck”, coerência e integridade, que, como já se sabe, traduzem os vetores hermenêuticos a partir dos quais devemos compreender, interpretar e aplicar o sistema processual. Retomando as lições fundamentais deste curso, podemos concluir que a integridade da jurisprudência implica respeito à história institucional. Já a coerência, por sua vez, demanda dos tribunais cumprimento da isonomia material, a fim de que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, o que, ao final, nos permite retornar ao argumento de que é inexorável que as Cortes sigam as conclusões legitimadas ao longo do processo hermenêutico.

42.3 ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

Os processos de competência originária dos tribunais, os recursos e eventuais incidentes processuais, instaurados perante esses órgãos, são regulados, genericamente, entre os arts. 929 e 946 do CPC. Os autos, em qualquer dessas hipóteses, são registrados no protocolo do respectivo tribunal, sinalizando o dia de sua entrada, e distribuídos pela secretaria.

O serviço de protocolo do tribunal pode ser descentralizado, por delegação, para ofícios de justiça do primeiro grau. Já a distribuição segue os termos do regimento interno, mas deve observar a alternatividade e assegurar o sorteio eletrônico e público do relator, que, a partir desse momento, se torna prevento para eventual recurso, interposto no mesmo processo, ou em processo conexo.

A prevenção do relator, entretanto, não impede que a identidade da causa possa flexibilizá-la. Assim, por exemplo, havendo transferência do relator para uma outra câmara ou turma, encerra-se a prevenção com a conseguinte redistribuição do processo para um novo relator, na forma determinada pelas regras internas do tribunal.

Uma vez distribuídos, os autos serão conclusos ao relator, que terá prazo de trinta dias para, depois de elaborar o seu voto, restituí-lo, já com o relatório, à secretaria.

42.4 ATRIBUIÇÕES DO RELATOR

As incumbências do relator são descritas pelo art. 932 do CPC. É fácil identificar, mediante essa leitura, que sua atuação não se limita à elaboração do relatório. Ao contrário, atribui-se ao relator uma série de providências que versam tanto sobre a admissibilidade e o desenvolvimento do processo, como sobre o próprio mérito deduzido em juízo.

De início, destaca-se a atribuição de ordenar o processo no tribunal, com a possibilidade de gerenciar a eventual produção de prova, bem como, se a demanda assim permitir, homologar a

autocomposição das partes. Atua, portanto, como se fosse o juiz da causa em primeira instância, até que o processo chegue à fase de julgamento, o que normalmente acontece em órgão colegiado, por meio do acórdão.

Outra atribuição do relator está na apreciação e julgamento de pedido de tutela provisória, deduzido nos recursos ou em processos de competência originária do tribunal.

Compete-lhe, por imputação do mesmo dispositivo legal, exercer juízo de admissibilidade sobre os recursos, não conhecendo deles, se forem inadmissíveis, prejudicados ou sem impugnação específica acerca dos fundamentos da decisão recorrida, o que, em termos práticos, implica decisão sobre questões preliminares, que, nessa condição, impedem uma análise ou conclusão sobre o mérito recursal.

Na esteira de suas atribuições, deve o relator, caso o juízo de admissibilidade seja positivo, adentrar ao exame do mérito recursal, podendo: negar-lhe provimento se o recurso for contrário à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal ao qual esteja vinculado; negar provimento ao recurso contrário a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; negar, por fim, provimento a recurso que contrarie entendimento firmado em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Observe que todas as hipóteses destacadas para a improcedência do recurso alinham-se ao sistema de precedentes vinculantes, o que justifica, em tese, a decisão monocrática sobre o mérito recursal.

O relator tem a atribuição de decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando instaurado no tribunal, e de determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso. Afinal, atribui-lhe, ainda, o legislador, todas as disposições previstas no regimento interno do tribunal.

Constatada a ocorrência de fato posterior à decisão recorrida, por respeito ao contraditório, deve o relator intimar as partes e conceder-lhes prazo de cinco dias para manifestação, que, diante do caso concreto, tanto pode servir para sanar um vício processual,

como para completar a documentação exigível. O mesmo procedimento, advirta-se, aplica-se para as matérias que se possam conhecer de ofício, por força do art. 10 do CPC, cuja aplicação, já se sabe, se justifica em todo o ordenamento processual. Em termos práticos, isso significa, por exemplo, que um eventual juízo negativo de admissibilidade, como a falta de assinatura do advogado no recurso, deve observar, previamente, a comunicação das partes e a correlata possibilidade de correção ou superação do vício, antes que se emita decisão de inadmissibilidade.

Vencida essa etapa procedimental, os autos serão encaminhados para julgamento, em data designada com pelo menos cinco dias de antecedência. Com ressalvas feitas pela lei ou pelo regimento, que eventualmente podem alterar a ordem de julgamento dos recursos, reexames necessários ou processo de competência originária do tribunal, seguem, para julgamento, aqueles em que houver sustentação oral, pela ordem dos requerimentos apresentados, os que, pelo mesmo instrumento, demandem preferência até o início da sessão, os que tenham seu julgamento iniciado na sessão anterior, e, por fim, os demais casos já em condições de julgamento, pelo tribunal.

42.5 MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES E JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS

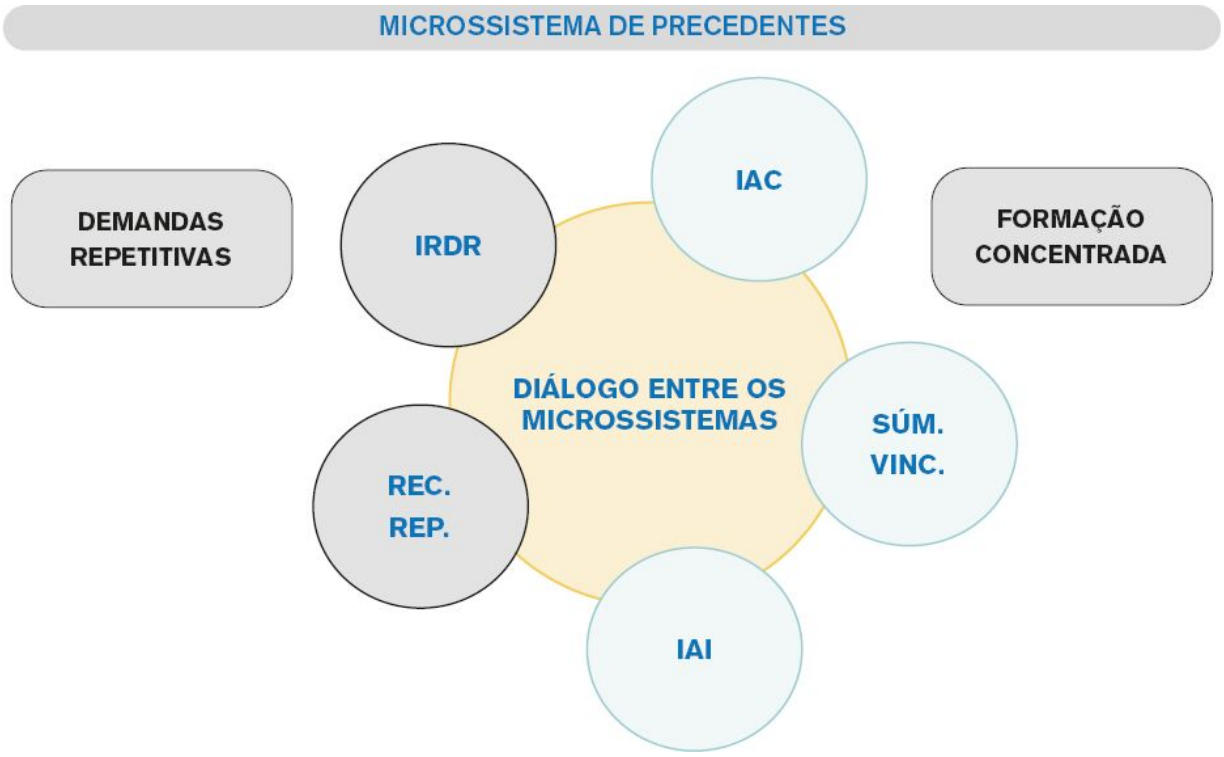
O sistema processual civil brasileiro hoje trabalha com dois sistemas distintos que se completam pelo diálogo das fontes: o sistema de formação concentrada de precedentes, aqui compreendidos como padrões decisórios, forjados pelos tribunais estaduais, tribunais regionais federais e tribunais superiores; e um sistema mais restrito, previsto para julgar demandas repetitivas. Por qualquer dessas duas vias teremos pronunciamentos vinculantes, o que significa dizer que podemos estabelecer uma resposta

institucional pela resolução de demandas repetitivas ou pelo julgamento de um caso individual, desde que para isso observemos as garantias constitucionais e os ritos processuais.

É importante destacar individualmente cada um desses sistemas, seus procedimentos e especificidades, pois a ideia de microssistema nos permite buscar na legislação informações complementares entre esses institutos para um exercício adequado e democrático da jurisdição.

No primeiro sistema temos: IRDR, IAC, recursos repetitivos, súmula vinculante e o incidente de declaração de inconstitucionalidade, suscitado em tribunais pelo controle difuso.

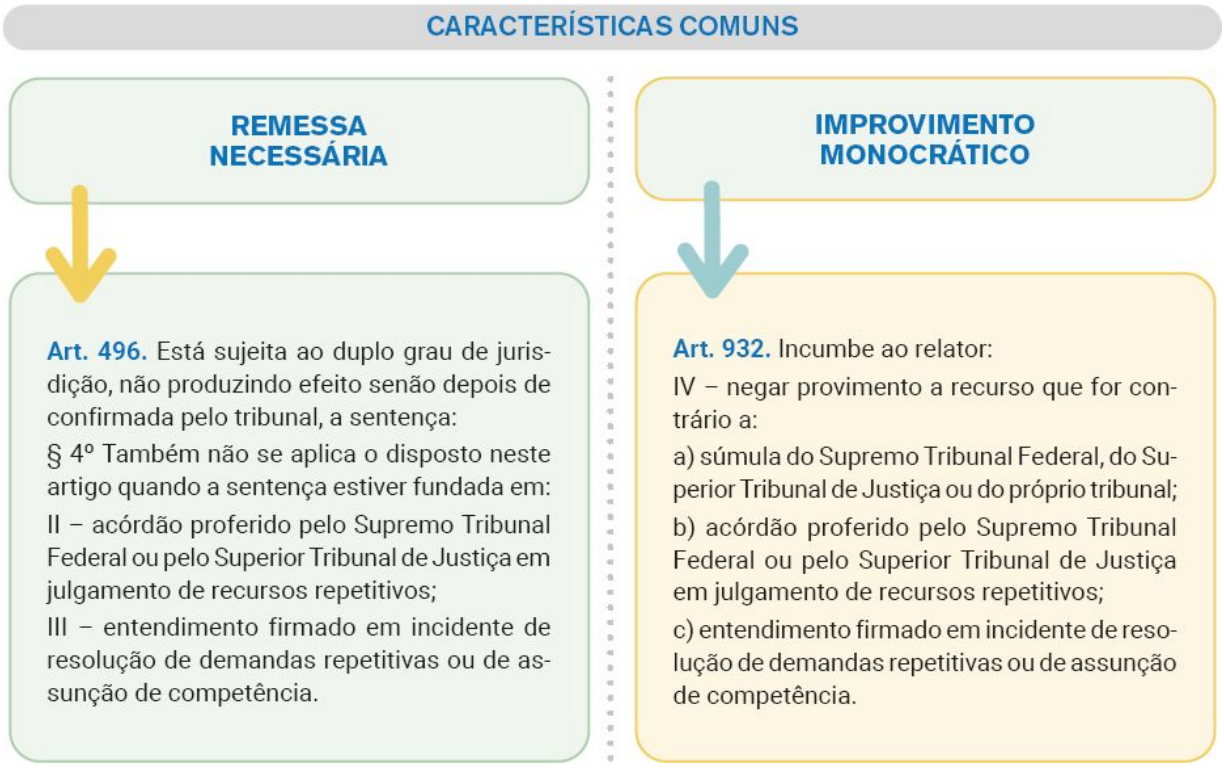
O segundo sistema, mais restrito, é previsto para julgar demandas repetitivas e conta com duas vias: IRDR e recursos repetitivos. O (IRDR) foi inicialmente reservado para os tribunais estaduais e tribunais regionais federais, mas recentemente, por entendimento jurisprudencial, mesmo sem previsão legal, foi admitido no Superior Tribunal de Justiça, que também admitiu a possibilidade do incidente de assunção de competência. Já os recursos repetitivos, que incluem o recurso especial repetitivo, para o STJ, e o recurso extraordinário, para o STF, somente podem ser admitidos nessas respectivas Cortes.



O regime de formação dos precedentes se pauta pelo art. 927, III, do CPC. Dentre as regras gerais que organizam o sistema, destacamos: a possibilidade de improcedência liminar, pelo art. 332 do CPC, nas hipóteses em que a demandante busque contrariar os padrões estabelecidos; a possibilidade de obter tutela de evidência, se estiver advogando a favor do padrão decisório, pelo art. 311, II, do CPC.



Como características comuns, podemos ainda identificar a dispensa de remessa necessária, nos termos do art. 496, § 4º, II e II do CPC; e a autorização para o julgamento monocrático nos tribunais, em acordo com o art. 932, IV, do mesmo diploma.



O regime de julgamento de causas repetitivas se afirma pelo art. 928 do CPC e apresenta duas funções já conhecidas da doutrina processual: gerir os casos repetitivos em acordo com as referências constitucionais de isonomia material, para que situações semelhantes tenham do judiciário respostas semelhantes, pelo emprego da racionalidade e, ainda, como consequência disso, forjar um padrão decisório para orientar futuras decisões. Nesse mesmo sentido, o art. 985 do CPC informa que: "Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986". Em sentido semelhante, o legislador informa, pelo art. 1.039 do CPC, ao tratar do julgamento dos recursos repetitivos, sua função de forjar precedentes vinculantes.

Como regras gerais dispostas para o regime de causas repetitivas, devemos observar: o sistema de causa piloto; o reconhecimento da conexão por afinidade com a consequente suspensão dos processos em que há repetição da questão a ser decidida; a possibilidade de exercício do direito à distinção com a revogação da suspensão, o estímulo à desistência do processo antes de proferida a sentença, conforme o art. 1.040 do CPC; e a regulamentação do abandono e a regulamentação da competência para a concessão de eventual tutela de urgência.

Como regras comuns de interlocução entre os sistemas, podemos destacar: ampla publicidade e divulgação, pelo art. 979 do CPC; o debate qualificado pela participação de interessados e *amicus curiae*, com possibilidade de audiência pública; uma fundamentação exauriente que enfrente a complexidade das diversas percepções de mundo evocadas para o processo; e, ainda, a cognição ampliada pela pluralidade de questões suscitadas no processo.

Feitas as considerações de ordem didática sobre os dois sistemas e seus pontos de diálogo, passamos a observar detidamente suas especificidades para que, em momento posterior, estudemos os procedimentos adotados pelo CPC.

42.6 MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES

A formação concentrada de precedentes, nos termos do art. 926 do CPC, atende três diretrizes constitucionais, já estabelecidas em páginas anteriores deste manual: coerência, integridade e estabilidade. Eis o texto do dispositivo legal: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Recorde que a coerência é atrelada à isonomia material, o que resgata a identidade da demanda como fator elementar na construção da decisão judicial; a integridade se associa aos princípios, que traduzem um padrão ético, consagrado no espaço público; e, por fim, a estabilidade, que se torna, no Estado de

Direito, uma condição de possibilidade para a segurança jurídica, já que com ela o jurisdicionado pode livremente conduzir seu ideal de vida, pelas regras da democracia.

O art. 979, do CPC, ao tratar do IRDR, enfatiza a publicidade como uma de suas caraterísticas, ao informar que os tribunais devem manter banco de dados atualizados com informações específicas sobre sua instauração e julgamento, por meio eletrônico, no Conselho Nacional de Justiça. Perceba que, antes mesmo da admissibilidade, já se deve ter a inclusão no cadastro, o que favorece maior participação dos interessados nesse primeiro juízo.

A identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente deve conter o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro, contendo, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos que lhe forem correlatos. Sem prejuízo desse meio institucional de divulgação, que considera a uniformização do cadastro do CNJ com o cadastro do respectivo tribunal onde for instaurado o incidente, outras possibilidades podem ser alcançadas pela cooperação judiciária nacional e mesmo pelo regimento interno das Cortes.

Sendo essa uma característica do microssistema, conclui-se pela aplicação de tudo isto no incidente que cuida dos recursos repetitivos, nos termos do art. 979, § 3º, do CPC.

A intervenção do Ministério Público no sistema de julgamento de demandas repetitivas é obrigatória, o que se justifica pela necessária ampliação do debate que formará um precedente, ao tempo em que assegura nesse mesmo procedimento maior fiscalização sobre a produção da resposta institucional. Nesse sentido, os arts. 976, § 2º, e 1.038, III, do CPC informam que, quando não for o requerente, o Ministério Público intervirá no incidente, assumindo a titularidade em caso de desistência ou de abandono pelas partes originárias.

Outra característica desse sistema reside na possibilidade de participação ampliada, que tanto pode decorrer por assistência simples ou por meio do *amicus curiae*. Na primeira hipótese, as partes dos processos sobrestados, diretamente interessadas na formação do precedente, podem intervir para auxiliar as partes dos

processos escolhidos como paradigmas. É dizer: as partes da causa sobrestada podem auxiliar as partes da causa piloto, deduzindo novos e relevantes argumentos para a fixação da tese. Essa possibilidade, advirta-se, só é possível pela aplicação da causa piloto, onde temos o julgamento do caso concreto. Do contrário, pelo sistema da causa modelo, o que pode ocorrer pela desistência, no lugar de assistentes teremos apenas intervenientes, já que tecnicamente não haverá mais partes para auxiliar.

Outra regra comum trata da legitimidade recursal do *amicus curiae*, que pelo art. 138, §§ 1º e 3º, do CPC pode opor embargos declaratórios e recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Muito embora o legislador tenha sinalizado apenas essa possibilidade, a ideia defendida neste manual, de interlocução das fontes e da existência de um microssistema de julgamento de demandas repetitivas, permite concluir que também há legitimidade recursal para perante a decisão fixar a tese nos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Em qualquer desses dois procedimentos, IRDR ou extraordinários repetitivos, deve o tribunal identificar, com precisão, a questão a ser submetida ao julgamento. Esse é um fator fundamental para a legitimidade da conclusão, que não poderá avançar sobre questão diversa da que lhe fora apresentada pelo caso concreto, sem prejuízo da produção democrática do resultado e da subversão desautorizada do sistema de causa piloto para causa modelo.

42.7 MICROSSISTEMA DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Há dois sistemas aplicáveis ao julgamento de causas repetitivas. O primeiro pressupõe a existência de uma causa para julgar, a partir do qual se fixará a tese a ser aplicada nos demais casos, sendo conhecido como causa piloto. O segundo trata apenas da fixação da tese, não sendo necessário que se escolha uma causa como

referência para a afirmação da tese, sendo essa via conhecida como causa modelo.

O Brasil optou pelo sistema da causa piloto para o julgamento de causas repetitivas, sendo, portanto, necessário escolher, pela primeira via, os recursos especiais ou extraordinários repetitivos, que sirvam de parâmetro para a construção da tese ou, numa segunda via, com o IRDR, as demandas que já em sede de Tribunal Estadual, Tribunal Regional Federal ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça lá se encontrem por remessa necessária, recurso ou ação de competência originária da Corte. Essa é a conclusão a que se deve chegar, pela composição dos arts. 1.036 do CPC, que trata dos recursos repetitivos; e do art. 978, que cuida o IRDR.

Em qualquer das duas vias, portanto, deve haver uma causa pendente de julgamento nos respectivos tribunais, o que evoca a identidade da demanda como condição de possibilidade para a instauração do incidente processual que sobre ela servirá de instrumento para a construção do precedente. Isso diz muito sobre o resgate da faticidade, pois a escolha da causa deve apresentar uma necessária representatividade argumentativa sobre o tema debatido, a fim de legitimar uma resposta institucional que possa entregar ao jurisdicionado: previsibilidade, isonomia, segurança e liberdade.

Nesse microssistema de demandas repetitivas, trabalhamos com a chamada conexão por afinidade, estabelecida pela relação de semelhança entre duas ou mais demandas que versem sobre a mesma questão de direito. Quer isto dizer que tanto no procedimento do IRDR quanto no procedimento dos recursos repetitivos adotamos uma técnica que permite a aglutinação de dois ou mais casos, para julgamento, suspendendo-se os demais casos repetitivos por até um ano. A suspensão se justifica, já que isso colabora para que, no final, todos os envolvidos tenham do judiciário uma resposta coerente, diminuindo, inclusive, os custos individuais das resoluções individuais, muitas vezes conflitantes. Perceba que, se a suspensão decorrer do IRDR, ela afetará todos os processos conexos que estejam tramitando na respectiva área dos tribunais, sejam eles estaduais, regionais ou, no caso do STJ, todo o território nacional. Já a suspensão provocada pelo julgamento dos recursos

repetitivos, reservados que são ao STJ e ao STF, já suspendem os processos em âmbito nacional, pelas respectivas áreas de atuação das Cortes superiores.

Uma vez provocada a suspensão, cabe à parte assumir o ônus argumentativo de demonstrar a distinção do caso e requerer o prosseguimento do processo, nos termos do art. 1037, § 9º, do CPC, que, embora previsto para os recursos repetitivos, se aplica ao IRDR pela ideia do microssistema. Deve-se, ainda, registrar que, muito embora a decisão de sobrestamento seja irrecorrível e, portanto, não é essa a decisão que a parte deve atacar, pode ela por simples petição demonstrar que a identidade da demanda a afasta da suspensão. A decisão sobre esse requerimento sim é recorrível. Se vier por interlocutória, será hipótese de agravo de instrumento (art. 1.037, § 13, I, do CPC); se, entretanto, a decisão for monocrática, proferida em sede de tribunal, caberá agravo interno (art. 1.037, § 13, II, do CPC).

O resultado de qualquer dos dois procedimentos adotados para o julgamento das demandas repetitivas coloca para o jurisdicionado que teve seu processo suspenso um fator novo, primordial para o resultado: o padrão decisório estabelecido. Sendo-lhe desfavorável a tese fixada, poderá a parte em que o processo ainda tramite na primeira instância desistir do processo, antes de proferida a sentença, nos termos do art. 1.040, §§ 1º a 3º, do CPC. O estímulo a essa desistência se justifica, já que a propositura da demanda, feita em momento anterior, obviamente desconsiderou o impacto do precedente na dinâmica processual.

É certo que, antes da resposta do réu, o autor pode unilateralmente desistir da ação, de forma unilateral. Entretanto, se fizer isso em decorrência do precedente, poderá desistir da ação de forma unilateral até a sentença, sendo-lhe dispensado o pagamento de custas e honorários sucumbenciais se o fizer já num primeiro momento, antes da contestação.

Questão interessante trata da possibilidade de desistência ou abandono da causa pendente no tribunal, já afetada para julgamento. Sobre o tema, o art. 976, § 1º, do CPC informa que a desistência ou o abandono do processo não impedirá que o tribunal

examine o mérito do incidente. O dispositivo trata do IRDR, mas encontra regra semelhante no art. 998 do CPC, que assegura a análise da questão objeto de julgamento dos recursos especiais ou extraordinários repetitivos ou reconhecida em repercussão geral, ainda quando haja desistência do recurso. Sobre esse regramento, temos duas considerações: a primeira trata da mudança de sistema, inicialmente previsto para a causa piloto, que passa para a causa modelo, com a desistência ou o abandono, já que, aqui, o incidente processual instaurado para a formação do precedente seguirá apenas para a fixação da tese sem com isso atrelar-se à demanda escolhida como paradigma para a construção da resposta. A segunda consideração se refere à legitimidade recursal e mesmo sobre a possibilidade de recorrermos da decisão que, nesse caso, apenas fixa a tese e cria o precedente vinculante. Pela literalidade do texto, concluiríamos pela irrecorribilidade, já que não há previsão para essa hipótese. Essa via, advirta-se, se adéqua ao entendimento do STF, sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade, para quem é cabível o recurso extraordinário contra o acórdão que aplica a tese, não sendo, entretanto, cabível contra o acórdão que julga o incidente, nos termos de sua Súmula 513.

Feita a apresentação da parte geral que regulamenta esse microssistema de demandas repetitivas, passamos a estudar os pontos de interlocução com o sistema de formação concentrada de precedentes, para identificarmos as regras que lhes são comuns.

42.8 REGRAS COMUNS AOS MICROSSISTEMAS

O diálogo entre os dois microssistemas produz uma unidade, sendo possível identificar regras comuns. A primeira delas autoriza a improcedência liminar do pedido, deduzido em juízo pela inicial se o autor não assumir o ônus argumentativo de evidenciar a distinção do caso concreto com o padrão anteriormente estabelecido pelos sistemas.

Sobre o tema, eis a redação do art. 332 do CPC, que estabelece: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. Essa decisão se enquadra juridicamente como sentença, razão pela qual eventual recurso, aqui, será uma apelação, com efeito regressivo.

Uma segunda característica decorre da possibilidade de o autor pleitear tutela de evidência, por demonstrar altíssima probabilidade em sua argumentação que, aqui, vai ao encontro do pronunciamento já estabelecido pelo tribunal. Eis a redação do art. 311, II, do CPC: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Sendo essa uma possibilidade sistêmica, entendemos que outras hipóteses, não previstas expressamente no dispositivo, também autorizam sua aplicação, como o incidente de assunção de competência.

Uma terceira característica, prevista pelo art. 496, § 4º, II e III, do CPC, trata da remessa necessária e estabelece uma exceção ao sistema previsto pelo *caput* do artigo, quando a decisão estiver fundada em: “I – súmula de tribunal superior; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV– entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

Nos tribunais, o regime de formação concentrada de precedentes confere ao relator a possibilidade de decisão monocrática. No primeiro, o art. 932 do CPC autoriza o relator a negar provimento ao recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. No segundo caso, ao tratar do conflito de competência pelo art. 955 do CPC, permite-se que o relator julgue imediatamente o conflito, quando sua decisão tiver amparo em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Se a decisão for omissa sobre a existência da tese ou sobre sua incidência ao caso, caberá embargos declaratórios nos termos do art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC. Se, entretanto, for necessário assegurar a observância do precedente, caberá reclamação, com fundamento no art. 988, IV e § 5º, II, do CPC. Ressalte-se o fato de que a adoção dos sistemas de precedentes e a correlata defesa deles, por meio da reclamação, hoje consagram hipóteses de interposição perante tribunais estaduais e regionais federais, já que ambos podem formar padrões decisórios e, por essa razão, o que outrora foi reclamação constitucional, hoje permanece apenas como reclamação.

42.9 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência é regulado pelo art. 947 do CPC. Trata-se de procedimento estabelecido para a formação de um pronunciamento judicial obrigatório, com eficácia vinculante, a ser instaurado, quando do julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processos cuja competência originária seja dos tribunais de segunda instância. Para tanto, a causa deve envolver relevante questão de direito, com elevada repercussão social, não ventilada em múltiplos processos.

Esse incidente processual, advirta-se, não está vinculado ao sistema de julgamento destinado às demandas ou recursos repetitivos, mas permite, ao final, que os tribunais possam uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra e estável, conforme preleção do art. 926 do CPC. Veja, por exemplo, que questões relacionadas à interpretação dos requisitos referentes à dispensa da audiência de mediação e conciliação podem surgir em processos absolutamente distintos, em juízos com competência especializada e que, já por essa razão, sequer admitiriam reunião das demandas, para posterior decisão colegiada, pelo tribunal.

Com isso, substituímos o antigo incidente de uniformização de jurisprudência, previsto pelo Código anterior, por um mecanismo mais moderno de aplicação do Direito, que em termos práticos, desloca a competência de órgão fracionário do tribunal para um outro órgão colegiado, designado pelo regimento interno, que ao final do julgamento fornecerá, em sua decisão, conclusões vinculantes para os demais órgãos fracionários do tribunal e para os juízes da instância hierarquicamente inferior.

O incidente pode ser instaurado de ofício por qualquer membro do órgão colegiado cuja competência, inicialmente, estava prevista para o julgamento do processo, ou, pelo próprio relator. Pode, ainda, ser instaurado, mediante requerimento da Defensoria, do Ministério Público e, mesmo, das partes. Havendo manifestação pelo incidente, o colegiado irá deliberar sobre a regularidade de sua instauração. Fará, portanto, juízo de admissibilidade, devendo encaminhar o recurso, o processo de competência originária ou a remessa necessária, para um segundo órgão colegiado, cuja competência lhe tenha sido atribuída pelo respectivo regimento interno do tribunal.

No segundo órgão, faz-se novo juízo de admissibilidade acerca dos requisitos para a instauração do incidente. Se positivo, assume-se a competência do órgão primeiro, para o julgamento do caso, que, aqui, não se limita a fixar marcos teóricos para a aplicação do Direito no caso concreto, pois a sessão de julgamento avança e conclui pela própria decisão aplicável à demanda. Se negativo, o feito é restituído ao órgão fracionário de origem.

O acórdão proferido pelo julgamento, registre-se uma vez mais, vincula todos os juízes e órgãos fracionários, com ressalva para eventual e futura revisão da tese jurídica, em procedimento próprio, com a possibilidade de audiência pública e participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam colaborar com o debate.

42.10 INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis, no Brasil, é feito por mais de uma via processual. Trabalhamos com o sistema misto, e, por essa razão, tanto admitimos o controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de constitucionalidade, como o controle difuso, exercido por qualquer órgão jurisdicional. É dizer: todo juiz é um juiz constitucional, que nessa condição se apresenta em qualquer processo, remessa necessária, recurso ou incidente processual.

Respeitadas as diretrizes dos arts. 948 a 950 do CPC, qualquer membro do Judiciário pode deixar de aplicar lei ou ato normativo, se entender que houve afronta à Constituição Federal. Nessa hipótese, advirta-se, não se declara a inconstitucionalidade do dispositivo, deixando-se apenas de aplicá-lo ao caso concreto. Decide-se, pois, incidentalmente, pela não incidência da norma, que em casos análogos pode perfeitamente regular a matéria e embasar conclusões distintas, já que os efeitos do controle difuso valem apenas para as partes envolvidas. Evidencia-se, com isto, clara violação da coerência, que, na condição de vetor hermenêutico-constitucional, demanda conclusões semelhantes para casos semelhantes, e, por essa razão, o incidente de arguição de inconstitucionalidade se afirma como útil instrumento para o exercício da jurisdição.

Realizado por juiz singular, o controle difuso não reclama maiores formalidades e pode ser feito na própria decisão de primeira instância, sem qualquer procedimento específico. De outro lado, se a inconstitucionalidade for suscitada no tribunal, de ofício ou por

requerimento dos legitimados, por meio de incidente processual, observa-se a cláusula de reserva de plenário prevista pelo art. 97 da CF, que requer o voto da maioria absoluta dos seus membros ou de órgão especial para afastar a incidência de lei ou ato normativo, por suposta inconstitucionalidade.

A instauração do incidente no tribunal provoca o que se chama de cisão do julgamento, pois o órgão fracionário, onde foi suscitado o incidente, como matéria prejudicial, remete a análise dessa questão para um órgão mais amplo, que contempla a maioria dos votos do tribunal. Resolvida a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo pela maioria dos votos, esse entendimento é observado e aplicado pelo órgão fracionário, que retomará o julgamento da causa, para possível decisão de mérito.

Observe que entre os incidentes de assunção de competência e arguição de inconstitucionalidade há uma diferença elementar, pois o primeiro atribui competência plena para o julgamento da causa ao órgão determinado pelo regimento interno, enquanto o segundo é realizado em duas etapas: de início, trata-se somente do controle de constitucionalidade difuso, com respeito à cláusula de plenário; em seguida, aborda-se o julgamento do mérito da causa, pelo órgão fracionário originário, que estará vinculado à conclusão do plenário ou do órgão especial.

Uma vez suscitada a inconstitucionalidade, o relator, após ouvir as partes e o Ministério Público, submeterá a questão ao conhecimento do órgão fracionário competente para conhecer do processo, que pode ser uma turma ou câmara. Sendo rejeitada a arguição, o julgamento prosseguirá no mesmo órgão fracionário. Sendo acolhida, a questão é submetida ao plenário ou órgão especial, dispensando-se a remessa se já houver pronunciamento destes ou do próprio Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Distribuído o incidente, com a respectiva designação do relator, cópias do acórdão, emitido pelo órgão fracionário, são encaminhadas para todos os integrantes do pleno ou do órgão especial.

Durante a instrução, poderão se manifestar as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato normativo

questionado, nos termos do regimento interno do tribunal. Assegura-se, ainda, que os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103 da CF, possam se manifestar por escrito sobre a questão, apresentar memoriais ou mesmo requerer a juntada de documentos, desde que respeitados os prazos e termos regimentais da Corte. Admite-se, ainda, em função da relevância da matéria, que o relator, por despacho irrecorrível, admita manifestação de outros entes ou entidades. Há, inclusive, possibilidade de audiência pública para o debate da questão, com ampliação do debate e a consequente oxigenação da interpretação constitucional.

Finda a fase instrutória, o presidente do tribunal marcará a data do julgamento. O pronunciamento do pleno ou do órgão especial não comporta recurso, com exceção feita aos embargos declaratórios, mas caberão recursos para combater a decisão do órgão fracionário, que, mesmo vinculado ao entendimento majoritário sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, tem liberdade para resolver o mérito da causa em favor de qualquer das partes envolvidas.

42.11 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas é regulado entre os arts. 976 e 987 do CPC. Uma análise sistemática, entretanto, nos permite concluir que essas disposições, ao lado do regime processual estabelecido para o julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, apresentam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas se complementam.[304]

Esse microssistema processual se afirma pela necessidade de entregarmos decisões judiciais pautadas pela coerência e integridade, que, como vetores hermenêuticos, afetam o exercício da jurisdição. Em termos práticos, isso implica dizer que causas semelhantes devem ter respostas semelhantes. Para tanto, instaura-se no tribunal esse incidente processual, originariamente ou

em grau de recurso, para julgar o caso e fixar a tese a respeito de uma questão jurídica, suscitada em diversos processos, que aqui não são mensurados com precisão pelo legislador, exigindo-se, apenas, que sejam múltiplos processos.

A finalidade do incidente, portanto, é assegurar um julgamento único, cujo resultado incida nos processos em curso e nos processos futuros, de sorte a lhes entregar isonomia e segurança jurídica.

Deve-se registrar, pela proposta didática deste curso, que o sistema brasileiro adota o modelo de causa piloto para o julgamento. Com isso, quer-se informar que o julgamento da tese – e sua consecutiva aplicação – pressupõe a existência de uma demanda, na qual a questão jurídica é evocada. Um outro modelo, entretanto, pode ser estudado. Trata-se do julgamento da causa modelo, em que o incidente é instaurado somente para o julgamento da tese, sem que, ao final, qualquer demanda concreta seja apreciada e decidida.

A menção dos modelos de julgamento se justifica, uma vez que o IRDR pressupõe a existência de uma demanda no tribunal. Há, todavia, uma possibilidade de adoção da causa modelo. Para tanto, basta imaginar que as partes envolvidas nas demandas representativas da repetição desistam, conjuntamente, de prosseguir com o processo, já afetado pelo IRDR. Nessa hipótese, as demandas não serão julgadas, mas, mesmo assim, a tese será fixada pelo tribunal, afinal, há interesse público na adoção de padrões decisórios. Pode ainda ocorrer a desistência de apenas uma das partes envolvidas, e, nesse caso, muito embora o autor ou o recorrente que declinou não seja afetado pela fixação da tese, esta será firmada pelo tribunal, alcançando os demais processos afetados e os processos futuros.

42.11.1 Requisitos

Como requisitos para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, o legislador estabelece, pelo art. 976 do CPC, a existência de múltiplos processos, cuja controvérsia seja

exclusivamente de direito, com risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia. Essa multiplicidade dos processos significa, em termos práticos, decisões divergentes sobre uma mesma questão jurídica, pois não se admite uma atuação preventiva no incidente.

Como requisito negativo, alerta o legislador que o recurso representativo da controvérsia não deve estar afetado pelos tribunais superiores, no âmbito de suas respectivas competências, para julgamento de tese sobre questões de direito material ou processual repetitivas. É dizer, com linhas mais simples: se o recurso já estiver sendo utilizado pela segunda espécie de julgamento de demandas repetitivas, cujo estudo será feito em momento oportuno, não será possível a utilização pela primeira via, que é o IRDR.

O juízo de admissibilidade negativo do incidente, pela ausência de qualquer de seus requisitos, não impede que, uma vez sanado o vício, ele possa ser instaurado. Sobre a admissibilidade, convém ainda destacar sua aplicação no âmbito dos juizados especiais.

42.11.2 Legitimidade

Neste ponto, devemos identificar quem detém legitimidade para suscitar o incidente, considerando o interesse público pela fixação da tese e sua incidência em processos presentes e futuros, na condição de precedente vinculante.

A instauração pode ser feita de ofício, pelo juiz ou relator, e pelas partes, Defensoria ou Ministério Público, por intermédio de petição. Em qualquer desses casos, deve-se demonstrar o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade. Tratando-se de requerimento oferecido pelas partes da demanda cuja questão jurídica se repete, o advogado constituído deverá ter poderes especiais, não sendo suficiente a outorga dos poderes gerais de foro.

42.11.3 Procedimento

Dadas as razões de instauração do incidente e o efeito vinculante de sua conclusão, justifica-se ampla divulgação e publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Determina-se, ainda, que os tribunais mantenham um banco eletrônico atualizado com os dados específicos acerca das questões submetidas ao incidente.

Uma vez instaurado, por qualquer de seus legitimados, o julgamento caberá ao órgão designado pelo regimento interno, dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência do tribunal, que, em momento preliminar, exerce juízo de admissibilidade do incidente, podendo rejeitá-lo, se ausentes seus requisitos, ou admiti-lo; em qualquer dessas hipóteses, como a decisão é sempre colegiada, não há possibilidade de agravo regimental, que, como espécie recursal, destina-se ao combate de decisões monocráticas, e que, por essa razão, aqui não se aplica.

Sendo positivo o juízo de admissibilidade, avança-se para fixar a tese e julgar o respectivo recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária do qual surgiu o incidente. Esse julgamento deve ser feito em até um ano e tem preferência sobre os demais feitos do tribunal, com exceção dos casos que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus.*

A determinação do prazo se justifica, vez que o incidente de resolução de demandas repetitivas, por força do art. 982 do CPC, uma vez admitido, suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o julgamento transcorra perante tribunal estadual ou regional federal. Vencido esse prazo, retomam-se os julgamentos dos processos em curso, salvo se houver decisão fundamentada do relator do IRDR em sentido contrário.

Seguindo com o procedimento, o relator poderá requisitar informações ao órgão onde tramita o processo cuja questão de direito é representativa da multiplicidade, objeto do incidente, que devem ser prestadas em até quinze dias.

O art. 983 do CPC determina a oitiva das partes e dos demais interessados, incluindo pessoas, órgãos e entidades que apresentem interesse no julgamento da questão controversa, para

que, no prazo comum de quinze dias, possam juntar documentos e promover diligências a fim de auxiliar na elucidação do incidente. Deve-se, ainda, intimar o Ministério Público, logo em seguida, para possível manifestação, também no prazo de quinze dias. Note que a instrução, nesse caso, sofre influência de diversos setores da sociedade, o que naturalmente se justifica pelos efeitos vinculantes da fixação da tese. Por essa mesma razão, recomenda-se, com amparo legal (art. 983, § 1º), a realização de audiências públicas para ouvir o depoimento de pessoas com conhecimento na matéria e que, nessa condição, se apresentem voluntariamente para colaborar com o exercício democrático da jurisdição.

Concluídas a fase instrutória, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente, devendo observar uma ordem específica, prevista pelo art. 984 do CPC. Primeiro, deve expor o objeto do IRDR, em seguida, abre-se oportunidade para as sustentações orais, feitas, sucessivamente, pelo autor e pelo réu do processo originário e pelo Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos. A seguir, em igual período, podem sustentar seus argumentos os demais interessados. Nesse caso, o tempo é dividido igualmente entre eles, sendo exigida inscrição prévia no tribunal, com dois dias de antecedência.

Ao final, a tese jurídica fixada pelo julgamento do incidente será aplicada a todos os processos, individuais e coletivos, que versem sobre a mesma questão. Perceba que, uma vez produzida a norma, aqui compreendida como o resultado da interpretação, seu efeito vinculante sobre os futuros processos pode autorizar a improcedência liminar do pedido, com amparo no art. 332 do CPC. Por esse mesmo diploma, pode-se, de outro lado, com respaldo no art. 311, requerer a tutela de evidência, se a inicial evocar, para o caso concreto, a tese já determinada pelo julgamento do IRDR.

Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário para o STF, ou recurso especial para o STJ. Em ambos os casos, eles são recebidos com efeito suspensivo, presumindo-se, para a admissibilidade do recurso excepcional, a repercussão geral sobre a questão constitucional eventualmente decidida.

Visando à promoção da segurança jurídica, o legislador admite que qualquer dos legitimados a promover o incidente – partes, Ministério Público ou Defensoria – possa requerer ao tribunal competente para conhecer desses recursos – especial (STJ) e extraordinário (STF) – a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que estejam tramitando em território nacional, nos quais se identifique a questão jurídica objeto do IRDR. Com isso, a suspensão provocada pela admissão do incidente, que inicialmente estava restrita a um Estado ou região, passa a afetar todo o território nacional, já no início do procedimento. Se, ao final do julgamento, com a fixação da tese, não se interpuser recurso para essas Cortes superiores, a suspensão nacional, realizada preventivamente, ficará sem efeito. De outro lado, se esses recursos forem interpostos, admitidos e julgados, a tese jurídica estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal valerá para todos os processos em curso e para os futuros processos, que tramitem no país.

Feitas as considerações sobre o IRDR com base na expressa disposição do CPC, devemos ainda considerar a possibilidade ou não de sua instauração no âmbito do STJ e do STF.

Entendendo pela impossibilidade, o STF argui que não há previsão legal e que para julgar demandas repetitivas há um meio adequado e já determinado: recursos excepcionais repetitivos.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela possibilidade de instauração do IRDR e do Incidente de Assunção de Competência. Aqui, argumentam os Ministros que a falta de previsão não implica vedação e que os incidentes processuais, uma vez admitidos, contribuirão com a formação de padrões decisórios, agora sobre todo o território nacional, sem com isso afrontar ou desrespeitar as regras de competência da corte, previstas pelo art. 105, da CF.

Em síntese, temos hoje diversos IAC e IRDR já instaurados e decididos pelo STJ, o que nos parece ser conclusão adequada, principalmente pelo fato de os recursos especiais repetitivos não servirem para uma série de demandas repetitivas, a exemplo de

múltiplas ações rescisórias, que originalmente propostas na corte podem produzir conclusões dissonantes para casos semelhantes.

42.12 RECLAMAÇÃO

42.12.1 Introdução

A reclamação constitucional hoje é consagrada pelos arts. 102, I, *l,* e 105, I, *f,* da CF. Com isso, atribui-se ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, dentro de suas respectivas competências, um instrumento processual para preservar a autoridade das decisões proferidas por esses órgãos de superposição. Essa foi a disposição original.

Em um novo contexto, atualizado pelo modelo cooperativo de processo e pelo sistema de precedentes, seu regramento se deu também em lei ordinária, estendendo-se para tribunais estaduais e regionais federais e por essa razão passou a ser chamada apenas de reclamação.

De fato, o Código de Processo Civil passou a tratar expressamente da reclamação, ampliando suas hipóteses de cabimento, entre os arts. 988 e 993. Em decorrência dessa previsão, hoje, cabe reclamação para: “I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e, ainda, IV – para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

Em qualquer dessas quatro hipóteses, a reclamação será cabível, não importando a instância em que fora proferida decisão e sua interposição pode ser feita em qualquer tribunal, que originariamente conhecerá dessa ação, para preservar sua própria competência ou autoridade.

Advirta-se, entretanto, que essas hipóteses de cabimento, por força do art. 988, § 5º, do CPC, sofrem restrições, tornando-se

inadmissível: quando proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial, afetados pelo regime dos recursos repetitivos, se não esgotadas ainda as instâncias ordinárias.

Sem prejuízo de termos ampliado seu campo de incidência e com isso fortalecido a autoridade dos precedentes, devemos compreender seu regime jurídico pela perspectiva do sistema de formação concentrada, onde se enquadra o IAC; e do sistema de demandas repetitivas, onde se afirma o IRDR. Tudo isso, ao final, nos coloca questões de ordem política, prática e jurisprudencial, pontuadas a seguir.

A questão política evidencia que a natural e previsível resistência na aplicação dos precedentes hoje é incompatível com a produção democrática do Direito, quando oriunda de juízes estaduais ou juízes federais, justifica a reclamação diretamente na presidência do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal. Para tanto, basta identificar, por exemplo, um caso concreto em que a tese firmada no julgamento de um IAC deixe de ser aplicada em primeira instância. Em doses pontuais, portanto, a reclamação fortalece a incidência dos padrões decisórios e por meio deles uma mínimo de previsibilidade e segurança jurídica.

De outro lado, a falta de uma cultura de respeito aos precedentes invariavelmente sobrecarrega os tribunais pelo julgamento de inúmeras reclamações. Uma desobediência já anunciada por magistrados que ao não participarem diretamente dos padrões decisórios, afastam sua aplicação dos casos concretos, com prejuízos evidentes para a própria governança processual. Essa postura compromete a eficiência dos mecanismos de controle pois paradoxalmente força uma releitura das hipóteses de cabimento da reclamação, a fim de não sobrecarregar os ministros e desembargadores com incontáveis julgamentos, tudo isso, advirta-se, traz severos prejuízos para a eficiência do sistema processual. Nesse contexto, temos a tempestade perfeita para o desenvolvimento da jurisprudência defensiva que gradativamente

limita o emprego do instituto e com ele, a própria força vinculante dos precedentes.

A questão jurisprudencial, ao que se busca demonstrar, em boa medida traduz essa preocupação com o uso moderado e racional dos instrumentos de controle e é retratada pela segunda seção do STJ em 28/09/2022, que em julgamento unanime, entendeu não ser cabível a reclamação com fundamento na inobservância de acórdão proferido em recurso especial em IRDR. Neste caso, os ministros concluíram que o recurso especial interposto para atacar a decisão do tribunal recorrido que não aplica a tese fixada pelo julgamento do IRDR não se adequa ao art. 988, IV do CPC, pois não se trata do IRDR em si, mas sim, por equiparação, a uma decisão proferida pelo julgamento de um recurso especial repetitivo; isto ao fundamento de que tanto o IRDR quanto o repetitivo buscam a mesma finalidade: pacificar a interpretação de uma lei federal, ventilada em múltiplos processos. Como não há previsão expressa na legislação acerca dessa restrição, essa conclusão decorre de interpretação teleológica que como se busca evidenciar, limita racionalmente as hipóteses de cabimento da reclamação e com ela, a defesa dos precedentes nos tribunais superiores.

Em temos práticos: para exercer poder e controle sobre os precedentes firmados por tribunais estaduais e regionais federais, o legislador não somente admitiu recurso excepcionais para atacar teses firmadas em IRDR e por analogia, também as teses firmadas em IAC, como atribuiu a esses recursos efeito suspensivo open legis. Isso significa dizer que a interposição de um recurso excepcional afasta a possibilidade de a tese firmada pelo tribunal de origem produzir efeitos até o julgamento do tribunal superior.

Em síntese: por vezes, a interpretação limita as hipóteses da reclamação, mas de outro, concluiu pela possibilidade de instauração dos dois incidentes já citados (IRDR e IAC) no Superior Tribunal de Justiça, o que autoriza precedentes vinculantes com extensão em todo o território nacional.

42.12.2 Natureza jurídica

A reclamação constitucional tem natureza jurisdicional, e, portanto, não se confunde com qualquer medida de caráter administrativo disciplinar, como a correição parcial.

Trata-se de ação autônoma, que deduz em juízo pretensão de impugnação para cassar uma decisão judicial. Com isso, quer-se evidenciar que a reclamação não corre no mesmo processo originário em que se proferiu o ato reclamado. Pode-se ainda afirmar, pela mesma razão, que a reclamação não se confunde com os recursos. Afinal, ainda que estes também almejem a impugnação de decisões judiciais, isso ocorre na mesma relação processual e com distintas finalidades: reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.

Essa natureza jurídica de ação nos permite identificar seus respectivos elementos: parte, pedido e causa de pedir. O desenvolvimento do tema apresenta, portanto, a figura do reclamante e do reclamado; o pedido de impugnação; e, ainda, a causa de pedir, que, aqui, atrela-se às circunstâncias descritas pelo legislador.

Na Suprema Corte, registra-se o entendimento de que a reclamação é veículo para o exercício do direito de petição, cuja previsão constitucional, estampada pelo art. 5º, XXXIV, *a*, assegura ao jurisdicionado a possibilidade de provocar o Judiciário para a defesa do direito, o combate à ilegalidade ou o abuso de poder.

42.12.3 Legitimidade

A legitimidade, como se sabe, é uma relação de pertinência subjetiva, que, pelas vias ordinárias, autoriza o titular do direito a buscar em juízo a sua defesa. Tratando-se dessa ação, são legitimados ativos: qualquer das partes do processo originário, no qual se proferiu a decisão reclamada, e o Ministério Público, seja em âmbito federal, seja estadual. Já como legitimado passivo, figura a parte beneficiada pela decisão atacada.

42.12.4 Interesse de agir

O interesse de agir, que como se sabe, neste curso, é tratado como pressuposto processual, sem olvidar de outras correntes acadêmicas que o consideram uma condição da ação, evoca duas vertentes: necessidade e adequação.

Pela via da necessidade, é preciso demonstrar atenção para com as finalidades da reclamação. Assim, por exemplo, uma pretensão deduzida no tribunal para garantir a autoridade de suas decisões pode-se tornar desnecessária se, no curso do procedimento dispensado para a reclamação, o pronunciamento combatido for alterado, por meio de retratação, ou, ainda, pela interposição e julgamento de um recurso.

Questão interessante é saber se a reclamação dispensa a interposição de recurso para atacar esses pronunciamentos, ou se existe a necessidade de uma interposição conjunta. Note que, como a reclamação não é recurso, sua apresentação, no tribunal, não impede a formação da coisa julgada. Sendo assim, uma vez encerrada a jurisdição, no processo originário, a demanda pela cassação perderia seu objeto.

De outro lado, considera-se, com amparo no art. 988, § 6º, do CPC, que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação. Em termos práticos, isso permite concluir que, uma vez apresentada a reclamação, ainda que as partes não interponham recurso algum, permitindo a formação da coisa julgada, isso não afeta o julgamento da reclamação, que segue, com eventual possibilidade de cassação da decisão. A questão, advirta-se, não é pacífica, mas pela relevância do tema é pontuada neste capítulo. Seguimos essa segunda corrente.

Já pela via da adequação, destaca-se que sua finalidade não reside na administração de interesses particulares, sendo, portanto, incompatível com demandas pela prática de certos atos jurídicos, como os de autorização, homologação ou mesmo a constituição, muitas vezes necessários pela atuação do Estado de fiscalizar interesses particulares para lhes assegurar a produção de efeitos almejada. É dizer, com linhas mais simples: a reclamação não se enquadra na jurisdição voluntária. A vedação, entretanto, não

impede que, diante de ato administrativo, se busque a cassação. Veja, por exemplo, que uma súmula vinculante pode ser desrespeitada pela administração, justificando, com isso, a admissibilidade da reclamação, mesmo sem a existência de processo judicial.

42.12.5 Procedimento

A reclamação constitucional, embora não se enquadre nas espécies recursais, constitui meio autônomo de impugnação das decisões judiciais, perante os tribunais. Uma vez estudadas as hipóteses de cabimento, a legitimidade das partes e o interesse de agir, passamos a identificar o rito estabelecido entre os arts. 988 e 993 do CPC.

A petição inicial, como de costume, observará os requisitos estabelecidos nos arts. 319 e 320 do CPC, devendo, ainda, ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal competente para julgar o pedido. Uma vez recebida, segue-se com a autuação e distribuição, que, preferencialmente, deve recair sobre o relator do processo principal. Sobre o tema, destaca-se o fato de que eventual juízo negativo de admissibilidade do recurso ou seu próprio julgamento não prejudicam a reclamação, ressalvando-se aqui a formação da coisa julgada, cuja consequência direta consiste na inadmissibilidade da reclamação.

Identificado o relator, este deverá despachar a reclamação, podendo requisitar informações da autoridade responsável pela prática do ato que se busca impugnar, que as prestará em até dez dias. Sendo necessário, pode o relator ordenar a suspensão de todo o processo ou da execução do ato, objeto da reclamação. Segue-se, a isto, a determinação para que o réu seja citado, a fim de que possa apresentar contestação, querendo, no prazo de quinze dias.

A atuação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, lhe assegura manifestação no prazo de cinco dias, após o decurso do prazo estabelecido para o oferecimento das informações e da contestação.

Uma vez acolhida a reclamação, o tribunal cassará a decisão ou determinará a prática de uma medida adequada para resolver a controvérsia. O cumprimento da decisão será imediato, lavrando-se posteriormente o acórdão do julgamento, que, em decorrência de sua natureza, pode ainda ser atacado pelo recurso especial, extraordinário ou pelos embargos de declaração.

42.13 CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O procedimento para a resolução do conflito de competência é regulado entre os arts. 951 e 959 do CPC. As causas desse conflito foram estudadas em capítulo anterior deste curso, devendo-se, aqui, comentar apenas o rito para sua resolução.

O conflito de competência, já se sabe, será positivo quando dois ou mais juízos se declararem competentes para julgar a causa. Será negativo, quando dois ou mais juízos declararem sua incompetência para julgar ou quando houver controvérsia sobre o órgão competente para recebê-los ou encaminhá-los nas hipóteses de reunião ou separação dos processos.

Podem suscitar o conflito: as partes, o Ministério Público ou o próprio juiz do processo. Arguido pelas partes ou pelo órgão ministerial, o procedimento terá início por meio de petição; se, entretanto, sua instauração se der pelo próprio juízo, far-se-á por ofício dirigido ao tribunal competente.

O julgamento desse incidente, em qualquer de suas espécies, é feito pela Corte à qual os juízos envolvidos estiverem vinculados. Havendo, por exemplo, conflito entre juízos estaduais na Bahia, a resolução do impasse será feita pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Se o conflito envolver juízos federais de uma mesma região, o incidente será julgado pelo correlato Tribunal Regional Federal. Sendo, entretanto, suscitado o incidente entre o Superior Tribunal de Justiça e qualquer outro tribunal da federação, entre os tribunais superiores, ou entres estes e um outro tribunal, a competência será do Supremo Tribunal Federal. Caberá, por fim, ao Superior Tribunal de Justiça, julgar os incidentes entre tribunal e juízo a ele não

vinculado, o que se verifica, por exemplo, em conflito que envolva juízo estadual de Minas Gerais e um outro, do Rio de Janeiro; e, ainda, conflito entre tribunais, com ressalva feita para as já mencionadas competências de julgamento do STF.

O incidente de competência deve ser suscitado diretamente no tribunal competente para julgá-lo, não podendo fazê-lo a parte que durante o processo tenha arguido a incompetência relativa.

Feita a distribuição, o relator, em exercício do contraditório, deve ouvir os juízes envolvidos no conflito, assegurando-lhes, em prazo estabelecido pela circunstância do caso, de acordo com a identidade da demanda, as respectivas manifestações. O Ministério Público será ouvido em seguida, no prazo de cinco dias – caso não tenha sido ele a provocar o incidente –, apenas em processos cuja atuação se justifique pela fiscalização da ordem jurídica.

A atuação inicial do relator pode variar, conforme se trate de conflito positivo ou negativo. Na primeira hipótese, admite-se o sobrestamento do processo, de ofício ou mediante provocação dos legitimados, com posterior designação de um dos juízos em questão, para eventualmente atuar em caso de urgência. Na segunda hipótese, que trata do conflito negativo, não há o que suspender, devendo, entretanto, o relator, também aqui designar um juízo para os pronunciamentos imediatos sobre o caso concreto.

A resolução do conflito, ao final, pode ser monocrática, se sua fundamentação evocar súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, ou pautar-se em tese firmada pelo julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

42.14 HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA E A CONCESSÃO DE *EXEQUATUR* À CARTA ROGATÓRIA

A homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* à carta rogatória é matéria afeta à jurisdição internacional. Suas diretrizes iniciais são previstas na Constituição Federal, que

imputa competência ao Superior Tribunal de Justiça para tratar da matéria.

O Código de Processo Civil estabelece, entre os arts. 21 e 22, causas cuja competência é concorrente entre a justiça brasileira e a justiça estrangeira para o julgamento da demanda, e, por essa razão, admite-se que decisões proferidas por outros países produzam efeitos no Brasil. Já o art. 23, por sua vez, aborda causas de competência exclusiva da justiça nacional, não permitindo, nesse caso, que a decisão estrangeira produza efeitos em nosso país. O tema ganha destaque pela internacionalização de uma série de normas processuais, reconhecidas, muitas vezes, em benefício dos direitos fundamentais.

A homologação de sentença estrangeira, advirta-se, se faz por processo cognitivo, que, nessa condição, é instaurado por petição inicial, que deve conter as indicações específicas, referidas pela lei processual, e ser instruída com a respectiva certidão ou cópia do texto integral da sentença estrangeira e com os documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados. A previsão, convenhamos, se justifica, já que nesse processo serão feitas análises de textos e decisões estrangeiras.

Ao final desse processo de conhecimento, o Superior Tribunal de Justiça exercerá juízo de delibação. Com isso, quer-se dizer que o conteúdo da decisão estrangeira não é reexaminado pela Corte brasileira, que se limita, em verdade, a verificar o cumprimento dos requisitos legais.

A primeira exigência recai sobre a autoridade estrangeira, que deve ser competente para proferir a decisão, o que significa dizer, em termo práticos, que a causa deve constar nas hipóteses de competência internacional concorrente, para que se admita a homologação.

A segunda exigência trata do contraditório, e exige citação regular, ainda que o caso concreto demonstre a existência de revelia, para que se possa avançar com o juízo de admissibilidade, o Brasil.

A terceira exigência versa sobre a eficácia da decisão no país em que foi proferida, o que significa dizer, em termos mais simples,

que lá, no sistema jurídico estrangeiro, em que se proferiu a decisão, ela deve ter aptidão para produzir os efeitos perseguidos em nosso país. Essa circunstância, como se pode deduzir, reclama uma análise mais apurada dos procedimentos e pode implicar certa dilação probatória no processo de homologação.

Na sequência dos requisitos legais, a quarta exigência dispõe sobre o respeito à coisa julgada brasileira pela decisão estrangeria, que serve de marco intransponível para as pretensões de homologação. O contrário, entretanto, não se verifica, pois mesmo que a decisão estrangeira transite em julgado, ela não prevalece diante de decisão proferida pela autoridade judiciária brasileira, ainda que em cognição sumária.

Ao final, exige ainda o legislador, que a decisão estrangeira não viole nossa ordem jurídica. Há muitas razões para essa previsão, que se inicia pela manutenção de nossa soberania, assenta-se na segurança jurídica e se encerra pela razão de haver controle sobre os pedidos de homologação, sendo também essa a justificativa para que o órgão competente seja um órgão de superposição. Afinal, uma vez homologada, a decisão produzirá efeitos em todo o território nacional.

Havendo juízo de admissibilidade positivo sobre a petição inicial, a parte contrária será citada, para contestar o pedido, no prazo de quinze dias. Com base na Resolução 9/2005, do STJ, que trata do procedimento, pode-se afirmar que a contestação, nesse caso, versará somente sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da decisão e sobre eventuais irregularidades quantos aos requisitos legais da homologação.

A sequência do procedimento é determinada pelo exercício do direito de defesa. Havendo contestação, o processo será encaminhado para julgamento, pela Corte especial. Do contrário, o pedido é julgado diretamente pelo presidente da Corte.

Homologada a sentença estrangeira, já se sabe que a execução será feita na justiça federal, perante um juiz singular, em razão do art. 109, I, da CF.

Respeitadas as regras processuais, pode-se, ainda, executar decisão estrangeira por meio de carta rogatória, o que reclama, por

parte do STJ, o *"exequatur"*, a fim de viabilizar seu cumprimento em território nacional. Nesse caso, a parte interessada será intimada, em vez de citada, para impugnar a carta, aplicando-se, aqui, as mesmas restrições previstas para a contestação, na homologação de sentença.

Admite-se o cumprimento da medida solicitada na carta rogatória, sem prévia oitiva da parte, desde que se demonstre comprometimento da eficácia pelo cumprimento do rito regular. Mesmo assim, assegura-se, por imposição constitucional, o exercício do contraditório em momento posterior.

Encerram-se estas considerações pelo Provimento 53 de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que, viabilizando o disposto no art. 961, § 5º, do CPC, dispensa a homologação judicial da sentença estrangeira de divórcio consensual, o que significa dizer que a averbação pode ser feita diretamente no cartório.

42.15 AÇÃO RESCISÓRIA

Por razões já declinadas em páginas anteriores, nosso ordenamento jurídico admite que, após se esgotarem todos os recursos para combater uma decisão judicial, ela transite em julgado, tornando-se imutável e indiscutível. A esse fenômeno chamamos de coisa julgada, que, como se sabe, pode ser formal ou material.

É certo que a imutabilidade das decisões judiciais caracteriza o próprio ato jurisdicional e confere à sociedade segurança jurídica. Sobre o tema, vale recordar que a coisa julgada material tem aptidão para sanar quase todos os vícios de ordem processual. Assim, por exemplo, num caso concreto em que a sentença seja proferida por juiz suspeito, em acordo com as lições do art. 145 do CPC, o trânsito em julgado serve como circunstância determinante para superar a irregularidade, que, por essa razão, não será mais discutida em juízo. Há, entretanto, vícios incorrigíveis por esse efeito sanatório, e que, por expressa disposição legal, poderão ser analisados, após a formação da coisa julgada, por meio de ação

autônoma, cuja finalidade reside na desconstituição dessa decisão judicial, admitindo-se, ainda, que a matéria apreciada seja rediscutida uma segunda vez. Trata-se da ação rescisória.

De início, vale registrar que a demanda pela rescisão cria um novo processo cognitivo, de competência originária dos tribunais. Temos dois juízos exercidos nesse processo. O primeiro deles é o juízo rescindente, que implica rescisão do comando judicial anterior, especificamente na parte dispositiva da decisão de mérito atacada pela demanda. O segundo, eventualmente exercido, é o juízo rescisório, que se traduz em novo julgamento da matéria. Trata-se, portanto, de dois momentos distintos, com antecedência lógica do juízo rescindente.

O primeiro juízo possui natureza desconstitutiva, que tanto pode ser total como parcial. Já o segundo, pode assumir qualquer natureza, uma vez que o tribunal, ao assumir um novo julgamento da causa, tem liberdade para proferir decisões declaratórias, constitutivas ou condenatórias.

Sendo a rescisória uma ação de conhecimento, a ela se aplicam as lições sobre os elementos e condições (ou pressupostos processuais) da demanda, analisados em páginas anteriores, para onde remetemos o leitor. Aqui, destacaremos, como de costume, apenas os aspectos específicos, ventilados pelo interesse de agir e pela legitimidade.

42.15.1 Legitimidade

A legitimidade para a propositura da ação rescisória é indicada pelo art. 967 do CPC. Sem desconsiderar que aqui tratamos da relação de pertinência subjetiva, atribuída ao titular do direito para buscar sua defesa em juízo, e, ainda, da legitimidade extraordinária, que, como exceção, se estabelece no ordenamento jurídico por lei ou por contrato, passamos a analisar as hipóteses ventiladas no dispositivo, para o desenvolvimento do tema.

As partes que integraram o processo originário, no qual se produziu a decisão objeto da rescisória, assim como seus eventuais sucessores, a título universal ou singular, são legitimados para

propor a demanda. O conceito empregado para partes é amplo, e compreende não somente autor e réu, mas todo aquele que, por meio de alguma intervenção, deixou de ser terceiro e passou a ocupar a condição de parte no processo.

A demanda rescisória pode trocar os papéis desempenhados pelo autor e pelo réu na demanda originária. Para tanto, basta imaginar, por exemplo, que a decisão rescindenda tenha sido totalmente favorável ao autor. Nesse caso, é provável que o réu, inconformado com o resultado e ciente da possibilidade de rescisão, proponha, agora como autor, demanda para desconstituir o resultado. Deve-se ainda considerar, com base nos capítulos de sentença, que a rescisória tenha por objeto apenas um capítulo da decisão.

Figura também, como legitimado para a demanda rescisória, o terceiro juridicamente interessado. Já se afirmou em linhas anteriores deste curso, ao tratarmos dos limites subjetivos da coisa julgada, que esta não deve lhe causar prejuízo, o que, em tese, afasta qualquer interesse pela rescisão. Há, todavia, a possibilidade de o terceiro, mesmo não sujeito ao comando judicial, sofrer os efeitos principais, no que se convencionou chamar de coisa julgada *ultra partes*. É o que acontece, por exemplo, em demanda para a satisfação do crédito em face de devedores solidários. Perceba que qualquer deles, ao ficar de fora do processo, poderá ingressar na condição de assistente litisconsorcial ou ser chamado pelo réu, para figurar como litisconsorte passivo. Em qualquer dessas circunstâncias, a legitimidade para uma eventual rescisória já se afirma pela noção de parte no processo. Do contrário, se permanecer fora, terá legitimidade para atuar, desta vez, como terceiro juridicamente interessado, que, por sofrer os efeitos da decisão, poderá buscar sua rescisão.

O Ministério Público detém legitimidade ativa para a rescisória, nos casos em que não for ouvido no processo, quando a lei exigir sua intervenção, ou, ainda, quando a decisão rescindenda resultar de conluio entre as partes, com a finalidade de fraudar a lei. A prescrição se justifica com obviedade, já que o conluio entre os envolvidos, de imediato, lhe retira o interesse para a desconstituição

da decisão. Nas duas hipóteses, atua o *parquet* como fiscal da ordem jurídica, pois, do contrário, teríamos sobreposição do texto, que já assegura às partes legitimidade para propor a rescisória.

Por fim, atribui-se legitimidade àquele que não foi ouvido no processo quando era obrigatória sua intervenção. Há, nesse ponto, ampliação da legitimidade diante do texto anterior, vez que o Código revogado não contemplava essa possibilidade.

Nessa hipótese, enquadra-se, por exemplo, a Comissão de Valores Imobiliários, em processos afetos à sua competência, ou o curador especial, em processos cuja citação tenha sido ficta e que, por essa razão, reclamavam sua participação para o bem do contraditório e do direito de defesa do réu revel.

Vistos os legitimados ativos, seguimos agora com o estudo da legitimidade passiva. Como regra, entendemos que a citação da ação rescisória deve ser encaminhada para quem, de alguma forma, se beneficiou com a decisão que se almeja rescindir. Perceba que, diante do caso concreto, tanto se pode alcançar os demandantes da ação originária, seus sucessores, quem quer que tenha cometido simulação ou colusão – a fim de fraudar a lei – e, mesmo, o legitimado extraordinário, que, por lei ou por contrato, tenha atuado no processo originário.

42.15.2 Interesse de agir

O interesse de agir, como se sabe, subdivide-se em necessidade e adequação. É certo que a via adequada para a rescisão da decisão se afirma pela ação rescisória, embora haja outras ações previstas para impugnar uma decisão judicial, a exemplo da ação anulatória de sentença ou da ação do mandado de segurança contra ato judicial. Deve-se, portanto, verificar a pertinência do caso concreto com as circunstâncias previstas em lei para o manejo adequado da demanda.

A necessidade, por sua vez, requer análise sobre a possibilidade de o autor da demanda rescisória ter sua situação melhorada pela rescisão ou por um novo julgamento da causa ventilada no processo originário. Por conta disso, admite-se que tanto o autor como o réu

detenham interesse de agir-necessidade para propor a desconstituição, caso a decisão judicial implique sucumbência parcial, pois, nesse caso, ambos suportam prejuízos, superáveis em caso de novo julgamento ou rescisão.

42.15.3 Competência

A competência para julgar o pedido rescisório é originária de tribunal. Com isso, assegura-se que a Corte julgue as ações propostas para desconstituir suas próprias decisões e as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau a ela vinculados. Veja, por exemplo, que ao distribuirmos uma ação rescisória perante o juiz federal singular, com a finalidade de rescindir pronunciamento de seu respectivo tribunal regional federal, estaríamos, no mínimo, invertendo a hierarquia entre os órgãos jurisdicionais.

Em decorrência dessa competência originária atribuída aos tribunais, deve-se verificar, no caso concreto, qual decisão se busca rescindir para podermos identificar o órgão competente. Veja, por exemplo, que as competências do STF, do STJ e dos TRFs são definidas pela Constituição Federal, restando para os Tribunais Estaduais uma competência residual para o exercício da jurisdição. Em qualquer dessas circunstâncias, já se sabe, os tribunais terão competência para desconstituir seus próprios julgados e os julgados dos juízes que lhes sejam subordinados.

Embora não seja comum, por conta da frequente interposição de recursos, admite-se que já a primeira decisão judicial seja objeto de rescisória, desde que seja essa a decisão transitada em julgado, em vez do pronunciamento do tribunal, e a hipótese se enquadre dentre as previsões legais que tratam da admissibilidade da demanda.

Deve-se considerar, ao final, a possibilidade de a competência para julgamento do pedido de rescisão ser mista, em razão dos capítulos de sentença (ou capítulos da decisão), que, percebidos isoladamente, podem provir de tribunais hierarquicamente distintos. Para tanto, basta imaginar que, diante de dois pedidos, julgados procedentes pelo juiz singular e confirmados em segunda instância, o réu apresente recurso especial para o STJ, apenas para reverter o

capítulo da decisão que o condena no pedido de número dois. Em tal situação, eventual julgamento do recurso apresentará, ao final, duas decisões passíveis de rescisória: o acórdão do tribunal estadual, e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, sendo incompetente o tribunal para julgar a demanda rescisória, deverá remetê-la para o órgão competente, em acordo com as lições do art. 64 do CPC e das regras específicas sobre a matéria, ventiladas pelo art. 968, do mesmo diploma.

42.15.4 Cabimento

As hipóteses de rescindibilidade são apresentadas pelo art. 966 do CPC. O *caput* do dispositivo destaca a decisão de mérito transitada em julgado como objeto da desconstituição, entretanto, uma interpretação sistemática do texto nos permite concluir por resultado mais amplo. Vejamos, a seguir, todas as suas possibilidades.

Conjugando-se as lições acadêmicas com alguns artigos do Código de Processo Civil, podemos afirmar que as decisões interlocutórias, as sentenças, as decisões monocráticas e os acórdãos podem ser objeto de rescisória. Tratando-se da decisão interlocutória, a inclusão se justifica pela possibilidade de provimentos parciais de mérito, com disposição expressa no art. 356 do CPC. Os demais pronunciamentos enquadram-se regularmente no regime processual e dispensam maiores considerações.

Inovando na regulamentação do tema, o legislador prevê a possibilidade de rescindir decisões que, mesmo não julgando o mérito da causa, transitam em julgado e impedem a propositura de nova demanda ou a interposição do recurso. Com isso, afasta-se a ideia veiculada pelo Código anterior de que somente pronunciamentos aptos à formação da coisa julgada material, tradicionalmente associada às decisões de mérito proferidas em cognição exauriente, seriam rescindíveis, pois o atual regime jurídico dispensa igual possibilidade para algumas decisões terminativas.

Conclui-se, portanto, que as decisões de mérito submetidas à coisa julgada material, as decisões terminativas, e, mesmo as decisões que impliquem inadmissibilidade do recurso, podem ser objeto da ação rescisória, se o caso se enquadrar nas hipóteses legais de rescindibilidade. Dito isso, seguimos para analisar cada uma dessas possibilidades.

O primeiro caso passível de rescisão refere-se à decisão proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Todas as três figuras são previstas no Código Penal, respectivamente pelos arts. 319, 316 e 317. A prevaricação consiste no retardamento de atividade determinada por lei, a ser cumprida de ofício, em decorrência de interesses pessoais. A concussão, por sua vez, “é exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. Já a corrupção passiva, nos termos da lei, “é solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Todas as condutas descritas acima configuram crimes praticados contra a Administração Pública, e, por essa razão, é possível que o magistrado seja denunciado e processado na esfera penal. Havendo condenação, o juízo cível estará vinculado à decisão, e, nesse caso, o pedido da rescisória será julgado procedente. Afinal, a própria justiça já o condenara pela prática da conduta, restando ao órgão competente para julgar a rescisória seguir a mesma orientação. Ressalva-se apenas o fato de que a decisão que se busca rescindir tenha sido determinante para o desfecho do processo. Assim, por exemplo, se uma sentença for proferida por juiz corrupto e posteriormente reformada pelo tribunal, sendo esta a última decisão, não caberá rescisória com base no argumento da corrupção de primeira instância, ainda quando se constate condenação criminal. O mesmo raciocínio se aplica quando a decisão que se almeja rescindir é colegiada, sendo vencido o voto corrompido.

Havendo absolvição do magistrado na esfera criminal, devemos considerar os fundamentos da decisão para avaliar eventual incidência de seus efeitos na esfera civil. Se o resultado se deu pela

ausência de autoria ou materialidade, o pedido da rescisória será negado, a fim de que se preserve a coerência entre a conclusão criminal e o pronunciamento civil. Do contrário, se a absolvição decorreu da falta de prova, entendemos pela possibilidade de uma segunda instrução, realizada nos próprios autos da ação rescisória.

O segundo caso de rescindibilidade trata de decisão proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente. As causas de impedimento, recorde-se, são indicadas pelos arts. 144 e 147 do CPC. Veja que nessa circunstância enquadra-se, por exemplo, a decisão proferida em segunda instância, se no juízo originário, hierarquicamente inferior, atuar, como juiz, qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, do desembargador, devendo-se, nesses casos, encaminhar os autos para o substituto legal, no tribunal. Já as causas de incompetência absoluta, como se sabe, atentam para interesse público e podem ser conhecidas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Contudo, mesmo encerrada a atividade jurisdicional, é possível argui-la num segundo processo, agora instaurado pela rescisória. O mesmo já não se aplica para às incompetências relativas, que devem ser alegadas já na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.

A terceira causa de rescindibilidade versa sobre decisão que resulte de “dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”.

O dolo referido no texto é o dolo processual, que tanto pode decorrer de conduta praticada pela parte, como também de seu advogado ou representante legal. A hipótese ratifica o princípio da boa-fé objetiva, que, como norma fundamental, orienta a atuação de todo aquele que participa da relação processual. Nessa mesma linha, inclui-se a coação, que pode ser dirigida por qualquer das partes ao magistrado para conquista de pronunciamento favorável, em detrimento da parte vencida.

Em qualquer dessas hipóteses, a mera atuação, seja por dolo ou coação, não autoriza a rescisão. Para tanto, deve haver nexo causal entre a conduta e o proveito de algum benefício decorrente da

decisão judicial que se almeja rescindir. É o que ocorre, por exemplo, quando a influência econômica exercida pelo réu para evitar a condenação dificulta a atuação do autor na produção de provas, comprometendo-se, com isso, os principais elementos de convicção judicial, com a consequente improcedência do pedido do autor.

Sobre o mesmo dispositivo, assentam-se duas novas hipóteses de rescindibilidade: a simulação ou colusão entre as partes a fim de fraudar a lei. Ambos os comportamentos constituem atos ilícitos e são combatidos pelo ordenamento jurídico. Já pelo art. 142, o Código de Processo Civil estabelece que: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”. Há, todavia, que se pontuar a diferença entre elas.

Na simulação, os atos são praticados sem que qualquer das partes tenha real interesse pela produção do resultado, servindo apenas para prejudicar terceiros. É o que acontece, por exemplo, quando se propõe demanda executiva, em conluio com um amigo, supostamente credor preferencial, e que, nessa condição, recebe, em simulacro, todos os bens penhoráveis, para lesar os verdadeiros credores, que, ao final, encontram dificuldade em satisfazer seus créditos pela ausência de patrimônio do devedor.

A fraude, por sua vez, retrata situação na qual as partes envolvidas almejam o resultado processual, que, nessa hipótese, torna-se uma condição de possibilidade para que se alcance o verdadeiro fim, vedado pela lei. Com essa conduta, a lesão não recai sobre terceiros, mas sobre o próprio ordenamento processual. Assim, por exemplo, eventual divórcio pode ser promovido, apenas para assegurar a superação de um impedimento legal, sem que, com isso, o casal, de fato, tenha encerrado o vínculo afetivo. Aqui, o processo serve de meio para que um fim outro seja colimado para fraudar a lei.

Havendo demanda rescisória pautada pela fraude ou pela simulação, admite-se que o tribunal, percebendo leve equívoco na

qualificação, altere sua fundamentação, com respeito ao contraditório e à primazia do julgamento do mérito. Essa parece ser a conclusão adequada do art. 966, II, do CPC, que, no mesmo dispositivo, elenca expressamente as duas hipóteses de rescindibilidade.

Destaca-se a legitimidade de terceiros prejudicados ajuizarem a demanda, assim como o Ministério Público, e quem, na condição de parte, tenha participado do processo originário, no qual se produziu a decisão, se para tanto não tiver atuado em conluio com os demais.

A quarta hipótese de rescindibilidade decorre de ofensa à coisa julgada. É certo que a imutabilidade da decisão judicial se justifica pela segurança jurídica, cujos aspectos teóricos e práticos, foram tratados em páginas anteriores deste curso. Sobre o tema, há dois efeitos para recordar. O primeiro, negativo, impede novo pronunciamento judicial sobre tema já julgado. O segundo, positivo, impõe que essa questão seja analisada como prejudicial, em caso de uma nova demanda.

Violado o efeito negativo, a demanda rescisória se encerra pelo juízo rescindente, não sendo necessário ao tribunal competente avançar na matéria para proferir nova decisão de mérito. Nesse caso, perceba que a desconstituição da segunda decisão judicial resolve a violação, e, com isso, encerra-se a atividade processual. Já na violação do efeito positivo, a ação rescisória permitirá que o tribunal, após rescindir a decisão judicial, avance para proferir um novo julgamento da causa, com respeito à coisa julgada, que, uma vez formada, serve como prejudicial para influenciar o julgamento da demanda. Veja, por exemplo, que havendo reconhecimento de paternidade, declarada por sentença, seu trânsito em julgado impõe que em nova demanda, na qual se pleiteia o pagamento de pensão alimentícia, não se afaste a existência do vínculo, quando da manifestação sobre eventual condenação ao pagamento da pensão.

O caso concreto pode apresentar interessante questão sobre o conflito entre coisas julgadas. Para tanto, basta imaginar que havendo decisão judicial, proferida regularmente em determinado processo, com o respectivo trânsito em julgado, seu comando seja desrespeitado em processo posterior. Deve-se então responder:

qual das coisas julgadas deve prevalecer e por quais fundamentos se embasa a conclusão?

A questão não é pacífica na doutrina. Quem defende a permanência da primeira decisão, em caso de eventual conflito, sustenta que o autor da segunda demanda não detinha interesse de agir. Nessa linha, conclui-se pela inexistência do segundo processo e da respectiva sentença, com prejuízo evidente para a formação da coisa julgada.

Cumpre esclarecer, no entanto, qualquer que seja a natureza jurídica atribuída ao interesse de agir (condição da ação ou pressuposto processual), que a consequência prática resultará na extinção do processo sem resolução do mérito. É dizer: o processo existe, e, por conta da irregularidade, acaba sendo extinto. Pode-se arguir, também, a violação do requisito de validade negativo: a ausência de coisa julgada traduz-se pelo mesmo resultado.

Ao final, nenhuma das argumentações nos parece comprovar a inexistência da segunda demanda, de um segundo processo, de nova decisão ou de coisa julgada posterior à primeira, mas sim uma irregularidade, que, dentro do prazo destinado à ação rescisória, pode justificar sua desconstituição.

Uma segunda corrente, com campo de atuação mais restrito entre a doutrina, sustenta a manutenção da segunda decisão transitada em julgado. Para tanto, evocam-se as lições do art. 503 do CPC, de que a decisão tem força de lei entre as partes, para concluir que lei posterior revoga lei anterior, e que, por essa razão, prevalece o último pronunciamento judicial.

Ao que nos parece, a formação de uma segunda coisa julgada não é inexistente nem se justifica apenas por ser posterior. Entendemos que o caso concreto pode viabilizar que certa decisão judicial, proferida em um segundo processo, viole a coisa julgada. Essa irregularidade pode ser combatida pela via da ação rescisória, no prazo legal, que, por razões de ordem constitucional, atreladas à segurança jurídica, se apresenta como vício transrescisório. Entretanto, findo esse prazo, consolida-se uma situação de fato, que, mesmo inconstitucional, produz efeitos na ordem jurídica e

deve prevalecer, restando aos interessados, apenas, a possibilidade de afastar os seus efeitos.

A quinta causa prevista para a demanda rescisória versa sobre a violação manifesta de norma jurídica. Neste ponto, convém recordar que texto e norma não se confundem. Se, de um lado, o texto é sempre uma manifestação, que em alguma medida limita as possibilidades semânticas da interpretação pelas referências hermenêutico-constitucionais de coerência e integridade, de outro, a norma resulta desse processo interpretativo, que, sob as diretrizes constitucionais, empresta resultados corretos para a compreensão do Direito, à luz do caso concreto.

Nesse sentido, Juliana Bizarria, nos informa que:

> “A alteração do termo “lei” por “norma jurídica” no inciso V do art. 966 representa o acolhimento pelo Código da distinção entre texto (enunciado) e norma, da ideia de norma jurídica como resultado da atividade interpretativa realizada pelo intérprete, além da quebra de paradigma com a posição mais tradicional, conhecida como formalista ou cognotivista, da qual é exemplo a escola de Exegese.”.[305]

É preciso lembrar também que, sob uma segunda percepção, a norma aparece como gênero, do qual regras e princípios são espécies. Assim, ao estudarmos detidamente essa hipótese de rescindibilidade, será possível debater o tema com profundidade e objetividade.

Adotando-se por norma o gênero das disposições legislativas, pode-se afirmar que qualquer delas pode ser violada, e, por consequência, autorizar a demanda rescisória. Nesse conjunto, inclui-se: lei ordinária, lei complementar, leis estaduais, leis municipais, regimentos, tratados internacionais, normas costumeiras e constitucionais, decretos e todas as fontes formais do processo.

Pode haver violação de norma material ou norma processual, tanto de direito público como de direito privado, o que permite que a ação rescisória tenha por finalidade corrigir erros de procedimento e erros de julgamento. Nesta hipótese, o erro de julgamento viabiliza

que o tribunal promova um novo julgamento da causa, sem comprometer atos anteriores do processo originário, em que se proferiu a decisão rescindenda. Já naquela hipótese, havendo erro de procedimento, será necessário retomar a instrução desde o ponto em que fora perpetrada a violação, sendo necessário ao demandante da rescisória demonstrar a relação direta entre o vício e a conclusão que se busca desconstituir.

Nessas circunstâncias, a indicação da norma jurídica violada é a causa de pedir da demanda rescisória, sendo necessária sua correta referência na petição inicial. Há, entretanto, juízo mais amplo sobre o tema, que nos parece fortalecer a primazia do mérito e da cooperação. Por essa vertente, admite-se correção da exordial, que mesmo sem indicar precisamente o artigo ou parágrafo do dispositivo violado, viabiliza ao tribunal qualificá-los adequadamente, a partir dos fatos e fundamentos evocados.[306]

É possível que a norma violada seja compreendida em seu segundo sentido, traduzido pelo resultado da interpretação. Nesse caso, afronta-se a conclusão extraída de um texto normativo, que frequentemente é afirmada com efeitos vinculantes e persuasivos, para emprestar coerência ao sistema processual.

Considerando a interpretação do texto, destaca-se que a rescisória só será admitida quando a conclusão hermenêutica estiver fora dos padrões de coerência e integridade consolidados pelo sistema processual, admitindo-se, de outro lado, interpretações razoáveis, entendidas assim aquelas que, mesmo não sendo jurisprudência dominante, não confrontem o texto.

Sobre o tema, eis o enunciado da Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Nesse sentido, conclui-se que, havendo uniformidade ou resolução da controvérsia, é passível de rescisão decisão que contrarie, por exemplo, precedente obrigatório, pautado em acórdãos proferidos no julgamento de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Em momento oportuno deste curso, apresentaremos a reclamação, que, como instrumento processual, serve para assegurar o cumprimento dos pronunciamentos judiciais obrigatórios. Isso poderia levar à conclusão de que a rescisória é dispensável, mas há que se considerar o fato de a reclamação ser utilizável até o encerramento do processo. Com o fim da jurisdição, portanto, não caberá mais a reclamação e o caminho adequado será o da demanda rescisória.

Por qualquer dos sentidos empregados à norma jurídica, a hipótese de rescisória contempla apenas a violação praticada contra uma norma geral. Com isso, afastam-se, por exemplo, violações ao negócio jurídico processual celebrado pelas partes.

Delimitados os termos da norma e demonstradas suas implicações práticas para o manejo da demanda rescisória, é preciso identificar o que se entende por violação direta. Retomando as lições sobre provas pré-constituídas, podemos concluir que a violação direta da norma jurídica, seja ela uma regra ou um princípio, pressupõe que a demonstração se faça sem necessidade de dilação probatória, o que normalmente se alcança pela via documental. Dito de outra forma: a demanda rescisória não será admitida se a violação reclamar a produção de prova, mesmo considerando a natureza cognitiva do processo instaurado para a desconstituição da decisão.

A sexta causa prevista pelo legislador destaca como rescindível a decisão fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória.

Compreende-se, nessa hipótese, tanto a falsidade material como a falsidade ideológica, desde que a prova tenha influenciado de forma determinante o resultado. Note que somente caberá rescisória se a decisão se pautar exclusivamente pela prova falsa, pois, do contrário, não haverá direito à rescisão.

A falsidade deve ter sido demonstrada em processo criminal ou nos autos da própria demanda rescisória, e contempla todos os tipos de prova: documental, pericial, testemunhal e mesmo a confissão.

Pautando-se a inicial da demanda rescisória nessa argumentação e formulado o juízo rescindente, caberá ao órgão competente verificar se, no caso concreto, uma vez afastada a prova falsa, é possível proferir nova decisão, ou se, por alguma peculiaridade, será necessário retomar a instrução da demanda originária com a consequente impossibilidade de o tribunal avançar na matéria. É o que acontece, por exemplo, em situações de julgamento antecipado do mérito, lastreado em prova cuja falsidade era desconhecida, e que, por essa razão, sustentou a dispensa de outras atividades instrutórias, autorizando, por consequência lógica, decisão imediata sobre a pretensão deduzida pela demanda originária.

A sétima causa prevista pelo Código de Processo Civil se reporta à circunstância de o autor obter, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, prova nova, cuja existência ele ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar provimento favorável. O autor, nesse caso, é o demandante da rescisória, que, como se sabe, pode ter figurado como autor ou réu da demanda originária.

Como o texto processual, nesse caso, admite qualquer nova prova, ampliam-se consideravelmente as possibilidades de desconstituição da decisão anterior, que mesmo proferida de forma regular – pois aqui não há vício de ordem processual ou material – se revelasse, ao final, injusta para regular o caso concreto.

Por prova nova, entende-se aquela que já existia antes do trânsito em julgado da decisão, e que, por alguma razão, não imputável à desídia ou renúncia da parte, deixou de ser produzida no processo originário. Note que provas inexistentes à época da instrução não autorizam a rescisão.

Por fim, estabelece o legislador, pelo inciso VIII do art. 966 do CPC, hipótese de rescindibilidade por ter a decisão se pautado em erro de fato, verificável pelo exame dos autos.

Haverá erro de fato quando a decisão que se almeja rescindir tenha admitido fato inexistente ou desconsiderado fato existente, sobre os quais tenha pairado controvérsia sobre a qual o magistrado devesse se pronunciar.

A prova do erro, registre-se, deve constar dos autos da demanda originária, não se admitindo que a dilação probatória da ação rescisória sirva de veículo para essa finalidade.

Deve-se ainda evidenciar que a rescisória, nesse caso, só se admite pela falta de apreciação do juiz acerca dos fatos, não se aplicando o mesmo raciocínio se houver, nos autos, decisão equivocada sobre eles. O importante, portanto, é a ausência de manifestação.

42.15.5 Procedimento

A ação rescisória é uma ação de conhecimento, proposta por petição inicial, diretamente no tribunal. A demanda deve observar os requisitos de admissibilidade previstos pelos arts. 319 e 320 do CPC. A ressalva se faz para a desnecessidade de o autor informar, na exordial, a falta de interesse pela realização da audiência de mediação e conciliação, vez que o rito, nesse caso, não estabelece previsão para tal propósito. Já os erros eventuais devem ser indicados especificamente pelo julgador, em consequência do dever de correção, previsto pelo mesmo Código, em seu art. 321.

É certo que, com a rescisória, deduz-se pedido de desconstituição da decisão atacada, mas é possível, ainda, que o autor cumule a essa pretensão um pedido de rejulgamento. Note que a causa de pedir, nesse caso, determina a viabilidade da cumulação. Assim, por exemplo, se a demanda estiver pautada pelo desrespeito à coisa julgada, bastará rescindir a segunda decisão. Se, todavia, a causa de pedir decorrer de prova nova cuja existência ignorava o autor, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável no processo originário, a cumulação de pedidos se torna um requisito de admissibilidade da demanda, conforme a lição dos arts. 330, § 1º, I e 968, I, do CPC.

A causa de pedir deve contemplar uma das hipóteses discriminadas pelo art. 966 do Código de Processo Civil, sendo possível que a demanda rescisória contemple apenas um dos capítulos da decisão atacada.

Como requisito específico, o art. 968, II, do CPC exige do autor o depósito de 5% sobre o valor da causa, a fim de se evitar lide temerária. O valor da causa, já se sabe, deve representar o proveito econômico almejado pelo demandante, que tanto pode coincidir com o valor declinado no processo originário, corrigido até a propositura da rescisória, ou ser apenas uma fração desse montante, quando a desconstituição pretendida for parcial. A importância depositada servirá de multa, revertida para o réu, se a votação do tribunal concluir pela inadmissão ou pela improcedência, de forma unânime. Caso contrário, esse valor será restituído ao autor.

A exigência do depósito prévio não se aplica para as demandas propostas pelo Ministério Público, Defensoria, por quem seja agraciado pelo benefício da gratuidade da justiça, pela União, Estados, Municípios e as autarquias e fundações de direito público.

Diferindo do Código anterior, a legislação atual estabelece um teto para depósito inicial, fixado em mil salários mínimos. Em que pese ser esse um requisito específico, a ele se aplica a lição fundamental da cooperação judicial, devendo o julgador informar o demandante e lhe oportunizar a correção, pelo depósito, nos termos do citado art. 321 do CPC.

Segue-se, à propositura da demanda, um juízo preliminar de admissibilidade e um juízo de mérito, com eventual resultado de improcedência liminar. Sobre o tema, remetemos o leitor aos arts. 330 e 332 do CPC, que, no procedimento da rescisória, são evocados pelos §§ 3º e 4º do art. 968 do mesmo diploma.

Se o primeiro juízo, de admissibilidade, for positivo, diretamente ou após eventual correção da inicial, e se a demanda não autorizar a improcedência liminar, o relator determinará a citação do réu, que aqui se faz pelas vias ordinárias, designando-lhe prazo nunca inferior a 15 dias e nunca superior a 30 dias, para que ele possa, querendo, apresentar resposta, que, em razão de o prazo ser processual, segue pela contagem de dias úteis.

Sobre o prazo de resposta da ação rescisória, incidem os benefícios de prazo em dobro concedidos ao Ministério Público, à Defensoria, aos litisconsortes que tenham advogados diferentes de escritórios de advocacia distintos, e, ainda, ao indivíduo que é

representado por escritório de prática jurídica vinculado a alguma faculdade de Direito. Em qualquer desses casos, portanto, o prazo será contado em dobro, podendo variar, de trinta a sessenta dias.

A ausência da contestação, já se sabe, é fato que caracteriza a revelia no processo civil. Há, entretanto, que se considerar, nesse caso, a existência de decisão judicial transitada em julgado, que se apresenta como objeto da desconstituição. Por essa razão, a revelia, aqui, não produz o efeito material de presunção relativa sobre os fatos alegados na exordial.

Em decorrência disso, incide sobre o autor, mesmo diante da ausência de contestação, o ônus de provar suas alegações. Afinal, a autoridade da coisa julgada não se afasta por mera presunção. Já com relação aos efeitos processuais, podemos concluir que a possibilidade de julgamento imediato resta prejudicada pela necessária cognição acerca das alegações do autor, sendo possível, entretanto, que o segundo efeito processual seja produzido, autorizando, com isso, a dispensa de intimação do réu que não tenha patrono constituído nos autos.

Dentre as espécies de resposta admitidas na rescisória, destaca-se a reconvenção, que, nos termos do art. 343 do CPC, pode ampliar o objeto da desconstituição. Para tanto, basta imaginar que a demanda inicial ataque apenas parte da decisão ou que se reporte a apenas um de seus capítulos, permitindo ao réu da rescisória reconvir para que toda a decisão, ao final, seja desconstituída. A reconvenção, nessas circunstâncias, deve necessariamente ter, em sua causa de pedir, hipótese rescisória, e, ainda, ater-se à mesma decisão indicada pela inicial desse processo.

A intervenção do Ministério Público nesse processo só se justifica nas hipóteses em que deva fiscalizar a ordem jurídica, cujos termos são descritos pelos arts. 178 e 968, § 1º, do CPC.

Em razão de sua natureza cognitiva, por óbvio, admite-se instrução probatória no procedimento da rescisória. Nesse sentido, informa o art. 972 do CPC que: “Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos”.

Concluída a instrução, abre-se vista para que autor e réu apresentem, sucessivamente, suas razões finais, e, logo em seguida, os autos serão conclusos ao relator para o julgamento da demanda, pelo órgão competente.

O julgamento da demanda rescisória pode ser feito em duas etapas, relacionadas desde a cumulação de pedidos da exordial. Primeiro, pronuncia-se o tribunal pela rescisão ou não da decisão, e, em seguida, se for o caso, pelo rejulgamento, que ocorre no mesmo órgão. Dito de outra forma: tanto o juízo rescisório como o juízo rescindente são realizados pelo mesmo tribunal.

O acórdão formado pelo julgamento é passível de execução, aplicando-se aqui as regras destinadas ao cumprimento de sentença, que, excepcionalmente, seguirá pelo próprio tribunal, em razão da competência originária para julgar a demanda.

Contra o julgamento da rescisória, admite-se o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos declaratórios, que serão estudados nos próximos capítulos deste curso. Uma vez esgotada a via recursal, se a decisão proferida no julgamento da rescisória padecer de algum vício elencado pelo art. 966 do CPC, será possível rescindir o acórdão, o que, em termos práticos, implica rescisória da rescisória.

Encerram-se estas considerações pelo estudo do prazo para a propositura da demanda rescisória. O tema é tratado pelo art. 975 do CPC, que fixa seu limite em dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. A disposição se justifica em razão da segurança jurídica e em alguma medida fortalece nossa cultura pelo respeito à coisa julgada. Sobre o tema, vale conferir a Súmula 401 do STJ, que dispõe: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

A demanda rescisória é uma demanda pela desconstituição do julgado. Retomando-se a classificação proposta neste curso para as sentenças – declaratórias, constitutivas e condenatórias – e sua relação com os direitos subjetivos e potestativos, é possível concluir pela natureza decadencial do prazo rescisório que se relaciona, nesse caso, com o direito potestativo do autor à desconstituição do

julgado. Sem desconsiderar sua natureza decadencial, excepcionalmente, esse prazo pode ser prorrogado até o primeiro dia útil subsequente, se expirar em férias forenses, recessos, feriados ou em dia que não haja expediente forense.

A legislação processual apresenta duas exceções ao prazo limite de dois anos. A primeira, se pauta pelo inciso VII do art. 966, que considera, como termo inicial, a data da descoberta de nova prova, observando, para tanto, o limite de cinco anos, conforme a redação do art. 975, § 2º, do CPC, a contar do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. A segunda, decorre da hipótese de simulação ou de colusão entre as partes, quando então, o prazo para a rescisória, proposta pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público, que não tenha intervindo no processo, correrá do momento da ciência da simulação ou da colusão.

[304] No sentido do texto, consulte-se o Enunciado 345 do FPPC.

[305] BIZARRIA, Juliana. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: RT, 2021. p. 194.

[306] No sentido do texto, consulte-se a Súmula 408 do TST.



43.1 INTRODUÇÃO

O sistema processual apresenta três instrumentos para impugnar as decisões judiciais: recursos, ações autônomas e sucedâneos recursais. É certo que, por qualquer dessas vias, permite-se ao próprio Judiciário corrigir os erros, eventualmente praticados, no exercício de sua função jurisdicional.

Os recursos são conceituados como remédios processuais, postos voluntariamente à disposição das partes ou de terceiros interessados que tenham sofrido gravame com a decisão judicial, a fim de obter sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, com solicitação expressa de que nova decisão seja proferida.



A interposição do recurso, advirta-se, provoca a revisão da decisão judicial no mesmo processo em que ela foi proferida, não criando, portanto, uma nova relação processual. Identifica-se, ainda, sobre o tema, previsão taxativa de suas espécies pelo art. 994 do Código de Processo Civil. Identificado o conceito e suas características elementares, é possível, agora, diferenciar o recurso dos outros meios de impugnação.

As ações autônomas como o Mandado de Segurança, a Ação Rescisória e a Reclamação, embora tenham a mesma finalidade, diferenciam-se dos recursos por criarem um novo processo, o que se justifica em razão de sua natureza jurídica.

Já os sucedâneos recursais são meios residuais que contemplam todas as outras possibilidades de impugnação, aqui exemplificados pelo pedido de suspensão de segurança e pela reconsideração. Eles viabilizam a entrega de uma nova decisão no mesmo processo, e, nisto, aproximam-se dos recursos, porém, não constam no rol taxativo das espécies recursais, sendo, destarte, uma terceira categoria.

43.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza do recurso é definida pelo Direito positivo e pode variar entre os ordenamentos jurídicos. Por essa razão, faz-se necessário identificar as espécies do sistema processual brasileiro

sem, no entanto, estender-se essa percepção para o Direito estrangeiro. Dito de forma mais simples: recursos conhecidos em nossa dinâmica forense, como o agravo de instrumento e a apelação, podem perfeitamente ter natureza distinta, de ação autônoma, em outras legislações. O estudo dessa matéria, portanto, limita-se às diretrizes nacionais.

Majoritariamente, já se sabe que a doutrina nacional compreende o recurso como remédio processual. Entretanto, sem prejuízo dessas lições, propomos uma segunda leitura, complementar, para afirmar o recurso como demanda. Por essa razão, nas linhas seguintes deste curso, ao tratar do tema, falaremos das partes e da correlata legitimidade; do pedido de revisão, e suas possibilidades, especificações e extensões; da causa de pedir, associada à finalidade recursal; e, ainda, do interesse de agir, pelas conhecidas vias da necessidade e adequação. Enfim, faremos um estudo dirigido, para demonstrar, a partir dos elementos e condições da demanda, as informações básicas da matéria recursal.

43.3 LEGITIMIDADE

A legitimidade para a interposição dos recursos está prevista no art. 996 do CPC. Por lá, destacam-se: a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, quer seja como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

O conceito de parte, para essa finalidade, é empregado em sentido amplo, contemplando todo aquele que tenha participado do processo. Em termos práticos, isso significa que não apenas o(s) autor(es) e o(s) réu(s) podem recorrer, mas também o assistente, o chamado, o denunciado e qualquer outro que, por meio da intervenção, ingresse na relação processual. Deve-se ainda destacar a possibilidade de termos partes incidentais, a exemplo do que acontece com o magistrado, na arguição de impedimento ou suspeição, e que, nessa condição, podem regularmente interpor recursos.

O terceiro com legitimidade para interpor recurso é aquele com comprovado interesse jurídico. Não se deve confundir o terceiro interessado com a assistência recursal. No primeiro caso, recorre-se para evitar ou recompor um prejuízo, sem que o resultado prático implique melhoria para o autor ou o réu. No segundo caso, a intervenção do terceiro decorre do interesse em auxiliar uma das partes da demanda.

Mesmo sem qualquer previsão no rol de legitimados do citado art. 996 do CPC, é possível sustentar a interposição de recurso pelo *amicus curiae*, em ao menos três situações: na oposição dos embargos de declaração, com base no art. 138, § 1º, *in fine*, do CPC, em recurso que combata a decisão proferida em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, e, ainda, em casos de inadmissão de sua intervenção.[307]

Ao Ministério Público, assegura-se legitimidade para interposição de qualquer das espécies recursais. Sem prejuízo das prerrogativas institucionais, percebidas pela contagem em dobro do prazo ou pela dispensa do recolhimento das custas, deve-se ainda registrar outras duas questões: a primeira delas decorre de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a legitimidade do Ministério Público se mantém em ações negatórias de paternidade, mesmo quando a parte alcança a maioridade no decorrer do processo. A segunda representa entendimento hoje presente no STF e no STJ, no sentido de que o Ministério Público estadual tem legitimidade ativa para recorrer, e, com isso, atuar originariamente nessas Cortes, nos processos em que seja parte, sem a presença do Ministério Público Federal.

Encerram-se estas considerações com destaque para a possibilidade de o advogado, ainda quando atuando na condição de mandatário da parte, recorrer em nome próprio. É certo que na relação processual, hodiernamente, o advogado atua em nome de terceiro para defender direito de terceiro, por meio da representação. Há, entretanto, que se considerar a questão dos honorários advocatícios. Sobre esse tema, é possível identificar, na decisão judicial, capítulo específico, que diga respeito somente ao

advogado, cabendo, portanto, recurso para rever conclusões que lhe sejam desfavoráveis.

43.4 INTERESSE RECURSAL

O interesse recursal tem as mesmas vertentes do interesse de agir, que em linhas anteriores deste curso foi apresentado como pressuposto processual (ou condição da ação). Em termos acadêmicos, isso implica: a possibilidade de uma situação mais favorável pelo julgamento do recurso (necessidade) e a escolha do recurso correto para impugnar a decisão judicial (adequação).

A necessidade costuma ser associada ao gravame. Nesses termos, somente o sucumbente poderia recorrer da decisão. Há, entretanto, uma visão mais ampla do tema, que considera não apenas a sucumbência, mas também a possibilidade de melhoria da situação, como fator determinante para justificar a interposição do recurso. Veja, por exemplo, que, ao extinguir o processo sem resolução de mérito, a sentença terminativa em nada prejudica o réu.

Guiados pela primeira corrente doutrinária, concluímos pela falta do interesse em recorrer, mas é possível que a identidade da demanda traga, por exemplo, a prescrição da pretensão deduzida em juízo, que, no caso concreto, diante da extinção, não é julgada pelo Judiciário. Perceba que em casos como esse, a segunda orientação doutrinária assegura ao demandado o direito de recorrer da sentença terminativa, a fim de que a prescrição seja reconhecida, e, por conta disso, ele, ao final, tenha pronunciamento ainda mais favorável, consubstanciado em sentença de improcedência do pedido, apta à formação da coisa julgada formal e material.

No que se refere ao interesse de agir-adequação, deve-se observar que, para cada ato, em regra, há apenas uma espécie adequada para a impugnação, que, como tal, torna-se a via recursal pertinente ao caso.[308] Sem prejuízo disto, o sistema processual permite, em situações pontuais, a fungibilidade recursal, cujo estudo é feito em capítulo específico deste curso.

43.5 OBJETO

Retomando-se o conceito do recurso, podemos deduzir que seu objeto reside nos pronunciamentos judiciais de conteúdo decisório. De imediato, isso exclui os despachos de mero expediente, mas contempla, por outro lado, as decisões interlocutórias, a sentença, as decisões monocráticas proferidas pelo relator e os acórdãos, que aqui são compreendidos como decisão colegiada, seja ela proferida por tribunais ou turmas recursais.

Considerando a estrutura desses pronunciamentos, identificamos em sua parte dispositiva o conteúdo decisório. Em razão disto, afirma-se que o recurso combate apenas as conclusões judiciais, sem, no entanto, contemplar sua fundamentação. Essa lição, destaque-se, ainda hoje é importante na dinâmica forense. Há, todavia, situações em que o sistema processual admite a interposição do recurso para que se altere a fundamentação das decisões judiciais, o que se justifica pela possibilidade de o novo provimento melhorar a situação do recorrente, justificando, assim, seu interesse na revisão. Veja, por exemplo, as hipóteses em que a coisa julgada se forma *secundum eventum probationes,* em que a improcedência do pedido, ao fundamento de insuficiência de provas, não faz coisa julgada material, legitimando, assim, o interesse do réu em recorrer para mudar a fundamentação e conseguir provimento mais favorável, pela improcedência, que num segundo momento, é confirmada pela inexistência do fato. Outro exemplo se dá quando a parte recorre para sanear algum vício de ordem processual, presente na fundamentação, a fim de evitar possível anulação da decisão por órgão superior. Veja, por exemplo, que, se a conclusão judicial exceder os limites objetivos da demanda, isso pode legitimar a interposição do recurso para a correção do vício, evitando-se, assim, futura anulação da decisão.

43.6 FINALIDADES

Seguindo as lições sobre a relação do recurso com a demanda, podemos concluir que as finalidades recursais são atreladas à causa de pedir. Em termos práticos, isso significa que a causa de pedir recursal traduz os fatos jurídicos que autorizam a revisão. São eles: o erro no julgamento (*error in judicando*), o erro no procedimento (*error improcedendo*), a omissão, ou, a necessidade de esclarecimentos, em decorrência de obscuridade ou contradição na decisão.

O erro de julgamento, ou equívoco de julgamento, decorre de uma má ou incorreta percepção dos fatos e das alegações deduzidas em juízo, cujo resultado prático reside em injusta conclusão. Na avaliação do autor-recorrente, por exemplo, apesar de farto material probatório acerca da ocorrência de dano moral, ao final, concluiu o magistrado por mero aborrecimento, julgando, em seguida, improcedente o pedido de indenização. Em casos assim, almeja-se a reforma da decisão, e a decisão proferida pelo julgamento do recurso substitui a decisão original.

O erro de procedimento se verifica quando há vício de atividade capaz de invalidar a decisão judicial. Trata-se aqui da validade do ato judicial, não se discutindo, nessa hipótese, seu conteúdo. Para exemplificar isto, basta imaginar uma sentença proferida em desacordo com os parâmetros constitucionais de fundamentação, ratificados pelo art. 489, § 1º, do CPC. Nesse caso, almeja-se a invalidação da decisão, o que leva o órgão revisor, no caso de provimento do recurso, a encaminhar o processo de volta à instância inicial, para uma nova decisão, desta vez, sem vícios formais.

Outra finalidade perseguida pelo recorrente reside na necessidade de esclarecimento, por razões de obscuridade ou contradição. Na primeira hipótese, recorre-se para que a decisão judicial seja vazada em outros termos, mais claros e compreensíveis, sem que isso altere seu conteúdo. Na segunda hipótese, recorre-se para sanar eventual contradição entre as premissas estabelecidas pelo julgador e sua conclusão. Note, por exemplo, que a fundamentação, num caso específico, pode

acompanhar todos os argumentos deduzidos pelo autor, e, na parte dispositiva, julgar improcedente o seu pedido.

Ao final, a integração da decisão judicial também se apresenta como finalidade recursal, já que, por mandamento constitucional, não pode o Judiciário se eximir de exercer a jurisdição e entregar uma resposta ao cidadão.

Evocando-se aqui as lições sobre a causa de pedir e sua relação com a fundamentação, pode-se concluir que as duas primeiras são livres, e podem embasar recursos para a correção de incontáveis vícios formais ou percepções de acerto da decisão. De outro lado, as duas últimas – esclarecimento, por razões de obscuridade ou contradição, e a integração –, são vinculadas, de sorte que o recurso, nesses casos, só se justifica por específica causa de pedir.



43.7 PRECLUSÃO E COISA JULGADA

Destacadas as quatro principais finalidades recursais, pode-se ainda inserir, por via indireta, a manutenção da litispendência – já que o processo seguirá por mais um período – e o correlato adiamento da coisa julgada. Pode-se também sustentar que a interposição do recurso, cujo objeto seja decisão interlocutória,

afasta a preclusão, permitindo, com isso, a revisão do pronunciamento judicial, em momento posterior do processo.

43.8 PEDIDO RECURSAL

É certo que todo recurso deduz em juízo um pedido de revisão. Em respeito à congruência, à inércia da jurisdição e ao princípio da *reformatio in pejus,* veda-se que o órgão competente, ao julgar essa pretensão, agrave a situação do recorrente.

A vedação se justifica, afinal, o mérito recursal limita a atividade jurisdicional, na medida em que identifica o capítulo da decisão sobre o qual se exerce novo julgamento. Assim, por exemplo, se o demandante, em primeiro grau, almeja receber indenização por danos materiais e morais, e, na sentença, ganha apenas o dano material, sendo ele (autor) o único a recorrer da decisão judicial, terá deduzida em seu recurso apenas a pretensão de rever a parte que lhe causa gravame, correlata ao dano moral, e, por essa razão, deverá o tribunal se manifestar somente sobre essa improcedência, sendo-lhe defeso alterar a parte já favorável ao recorrente, sobre o dano material.

Diante dessa premissa, podemos concluir que o órgão revisor, debruçando-se sobre o mérito recursal, adotará uma das duas condutas: manterá a decisão original, o que significa dizer que o pedido de revisão foi improvido, ou, concederá a melhora almejada pelo recorrente; não devendo, em nenhuma delas, lhe impor prejuízo maior que aquele já suportado pela decisão desfavorável, objeto do recurso.

43.9 EFEITOS DOS RECURSOS

O efeito devolutivo é próprio de qualquer recurso, e representa a transferência do conhecimento da matéria impugnada para um novo julgamento, que pode se dar perante o mesmo órgão ou em órgão distinto.

A devolução se desdobra pela extensão e profundidade. Ao tratar da extensão, verifica-se o que se submete à revisão, pelo consagrado termo: *tantum devolutum quantum appellatum.* Determina-se, com isso, o objeto litigioso do procedimento recursal, que aqui traduz a dimensão horizontal do efeito devolutivo.

Evocando-se as lições sobre a coisa julgada, conclui-se que, em havendo capítulos independentes na decisão judicial, aquele que não for objeto de recurso se tornará imutável e indiscutível, sendo defeso ao órgão revisor alterar seu conteúdo, mesmo ao argumento de existirem violações de ordem pública, conhecidas a qualquer tempo, já que, sobre o tema, não se exerce mais jurisdição.

No que se refere à profundidade, o efeito devolutivo trata das questões que podem ser analisadas pelo órgão revisor para proferir o julgamento. Nesse caso, consideram-se os fundamentos deduzidos perante o juízo que proferiu a decisão atacada pelo recurso, ainda que sobre eles não tenha ocorrido qualquer manifestação judicial. Pense, por exemplo, em demanda que almeje uma resolução contratual, arguindo, para tanto, coação e incapacidade. Analisando os fundamentos em primeira instância, resolve o magistrado pela procedência do pedido, apenas com base no primeiro argumento, sem, entretanto, avaliar a incapacidade do agente. Diante do gravame, o réu interpõe recurso para o tribunal de justiça, que, ao analisar a matéria, deve levar em conta não apenas a coação, mas também a incapacidade, sendo-lhe possível concluir pelo não provimento do recurso, com a consequente manutenção da resolução contratual, por esse último fundamento. Trata-se, aqui, da dimensão vertical do efeito devolutivo.

Majoritariamente se defende que o efeito suspensivo é a terceira consequência recursal. Sendo assim, por conta de sua interposição, prolongamos o estado de ineficácia da decisão. Essa é a afirmação corrente, hoje consagrada em nossa prática forense. Há, entretanto, quem pense diferente, para afirmar, com Barbosa Moreira, que o efeito suspensivo não decorre do recurso e, portanto, não depende de sua interposição. Ele se projeta antes disso, pela mera recorribilidade do ato impugnado.[309] Dito de outra forma: se uma sentença, por exemplo, é proferida em prejuízo do réu, condenando-

lhe a pagar quantia certa, fixada em doze mil reais; já no prazo de quinze dias para a interposição do recurso de apelação, com o correlato pedido de revisão, nada se executa em primeiro grau. Note que para essa segunda corrente, por conta do efeito suspensivo, o réu, nesse período, mesmo sem qualquer recurso, não está obrigado a cumprir a decisão.

A maioria das decisões judiciais no sistema processual civil é atacável por recursos sem efeito suspensivo. Sobre o tema, destacamos a redação do art. 995 do CPC: “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. Sendo assim, caberá ao recorrente pedir a concessão desse efeito, a fim de evitar o cumprimento do ato impugnado, nos termos do parágrafo único desse mesmo dispositivo: “A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”.

O efeito regressivo também é conhecido na academia como a possibilidade de retratação. Em termos práticos, isso significa que, em alguns casos, a interposição do recurso permite, ao juízo que proferiu a decisão, rever sua conclusão.

Em decorrência das normas fundamentais, que, pela redação do art. 4º do CPC, estabelecem a primazia do julgamento do mérito, aqui, na seara recursal, percebe-se uma correlação com o efeito regressivo, atribuído ao recurso de apelação, no combate das sentenças terminativas, sentenças que indeferem a petição inicial. Esse mesmo efeito também se encontra no recurso de apelação que combate as sentenças de improcedência liminar do pedido, no agravo interno, no agravo de instrumento e nos recursos especial e extraordinário repetitivos. Todos eles, advirta-se, estudados em momento oportuno deste curso.

O efeito expansivo subjetivo permite, em sentido contrário ao princípio da pessoalidade do recurso, que, em casos excepcionais, o provimento do órgão julgador possa, em sendo favorável, alcançar aqueles que mesmo participando do processo e tendo interesse em combater a decisão, permaneceram inertes. Para exemplificar isto,

basta recordar do litisconsórcio unitário, que, sob a classificação apresentada em páginas anteriores, indica não ser possível ao Judiciário, nesse caso, entregar conclusões diferentes, e, por essa razão, ainda que somente um dos litisconsortes recorra e consiga anular ou revisar a decisão, ter-se-á uma extensão disso para incluir aquele outro litisconsorte que não interpôs o recurso.

O efeito expansivo objetivo, por sua vez, decorre da relação de prejudicialidade entre os capítulos da decisão, de sorte que a impugnação de um deles acaba repercutindo em capítulos outros, não objeto do recurso. Veja, por exemplo, o que acontece quando o autor, na inicial, cumula pedidos de reconhecimento de paternidade, e, em função disso, associando-se o binômio possibilidade-necessidade, requer também o pagamento de pensão alimentícia. Supondo que ambos os pedidos sejam julgados procedentes e que em decorrência disto o réu interponha recursos de apelação, ainda que somente ataque parte da decisão judicial relativa ao reconhecimento da paternidade, se o órgão revisor prover o recurso modificando a conclusão, agora pela inexistência do vínculo, cairá, mesmo sem ataque direto, também a condenação em alimentos, já que para esse provimento, ao final, faltaria fundamentação para justificar o cumprimento da ordem.

Pode-se ainda destacar o efeito translativo, que permite ao órgão revisor examinar matérias de ordem pública pertinentes à parte impugnada, mesmo que sobre essas questões, não tenha se manifestado o recorrente, no sentido de pleitear a revisão. Esse efeito é atribuído aos assim chamados recursos ordinários, sendo vedado apenas para os recursos excepcionais: especial e extraordinário.

43.10 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de admissibilidade, como se pôde afirmar em linhas anteriores desse curso, é o juízo acerca da validade do procedimento. Evocando essa premissa, podemos concluir que o juízo de admissibilidade recursal é preliminar ao juízo de mérito, e

se faz sobre as exigências formais de constituição válida e regular de seu procedimento. Sendo negativo, o órgão examinador é impedido de avaliar o pedido de revisão, e assume a natureza de provimento constitutivo negativo, já que não existe nulidade processual que se imponha sem prévia manifestação judicial. Diz-se, nesses casos, que o recurso não foi conhecido. De outro lado, se o juízo for positivo, pela constatação de validade do procedimento, o pronunciamento assume natureza declaratória, e viabiliza o julgamento sobre o mérito recursal.

Retomando-se aqui as diretrizes apresentadas pelas normas fundamentais, com destaque para a primazia do mérito, para a cooperação, para o dever de correção estampado pelo art. 321 do CPC ao tratar da petição inicial, e para o efeito regressivo dos recursos, com resultados práticos em favor de um pronunciamento de mérito, também agora, ao tratarmos do procedimento recursal, é possível identificar diretrizes pela superação de vícios eventuais, a fim de que o mérito recursal seja julgado pelo órgão revisor. Nesse sentido, destaca-se o parágrafo único do art. 932 do CPC, que preleciona: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Com isso, acreditamos, supera-se a rejeição liminar do recurso, em favor de uma atuação cooperativa de todos aqueles que de alguma forma participam da relação processual.

43.11 CLASSIFICAÇÃO

Sobre o tema, adotamos classificação majoritária na doutrina brasileira, que compreende os recursos por requisitos intrínsecos – ligados ao próprio direito de recorrer – e requisitos extrínsecos – atrelados ao procedimento recursal.

43.12 REQUISITOS INTRÍNSECOS

Os requisitos intrínsecos tratam do cabimento do recurso, do interesse de agir, da legitimidade recursal, e, ainda, da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer: renúncia, desistência ou preclusão lógica.

Por meio do cabimento, destaca-se a possibilidade jurídica do pedido de revisão, o que nos remete, impreterivelmente, ao rol taxativo do art. 994 do Código de Processo Civil, e, ainda, à possibilidade jurídica da revisão, uma vez que há, em nosso ordenamento, decisões irrecorríveis, como a que releva a pena de deserção.

Retomando os estudos acerca do interesse recursal, ressalta-se aqui uma concepção mais ampla, não atrelada exclusivamente à ideia do prejuízo. Assim, será possível identificar o interesse recursal quando houver a possibilidade de um segundo provimento jurisdicional melhorar a situação do recorrente.

Acerca da legitimidade, retomam-se as lições sobre a autorização do Ministério Público, do terceiro interessado, do *amicus curiae*, que, ao lado das partes, podem interpor ou opor recursos no processo civil.

Por fim, destaca-se a **inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer**, que na doutrina também são conhecidos como requisitos negativos de admissibilidade, para ilustrar que nenhum deles deve estar presente na interposição do recurso. Nesse rol, incluem-se a renúncia, a aquiescência e a desistência.

A desistência é causa impeditiva do direito de recorrer, cuja regulamentação é descrita pelo art. 998 do CPC. Por ela, o recorrente, a qualquer tempo, e sem a anuência da parte contrária, pode desistir de prosseguir com o recurso já interposto. Isso, entretanto, não impede a análise de questão cuja repercussão geral tenha sido reconhecida e percebida como objeto de julgamento pelos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Admite-se a desistência até o início da sessão de julgamento, sendo expressa ou tácita. No primeiro caso, a manifestação é inequívoca no sentido de que o procedimento recursal não avance para uma decisão de mérito. Na forma tácita, verifica-se uma

preclusão lógica pela adoção de comportamento contrário àquele que se espera do recorrente, como, por exemplo, o cumprimento integral da decisão, antes do julgamento do recurso, dotado de efeito suspensivo.

A renúncia, por sua vez, consiste em manifestação unilateral, que, assim como a desistência, não demanda anuência da parte contrária, mas que dela se destaca por ser feita em momento anterior à interposição do recurso. Trata-se de manifestação irrevogável que antecipa a formação da coisa julgada, permitindo a execução definitiva da decisão judicial.

A aquiescência, por sua vez, também decorre de manifestação expressa ou tácita do recorrente, que, de modo semelhante à desistência, implica preclusão lógica pela adoção de comportamento contraditório, mas em momento anterior ao da interposição do recurso. Observe, por exemplo, que, se o cumprimento de uma sentença condenatória em entregar quantia certa for feito antes mesmo da interposição do recurso de apelação, sendo essa, em tese, recebida com efeito suspensivo, elide-se que após o recolhimento da importância prevista na condenação, a parte possa recorrer para mudar a decisão.

43.13 REQUISITOS EXTRÍNSECOS

Os requisitos extrínsecos, que nesta classificação, já se sabe, reportam-se ao procedimento de interposição do recurso, tratam respectivamente da tempestividade, do preparo e da regularidade formal. Neste ponto, advirta-se, já não se versa apenas sobre o direito de recorrer, mas sim sobre a forma pela qual se deve deduzir em juízo a pretensão de revisão da decisão judicial. Vejamos, detidamente, cada uma das exigências legais.

A *tempestividade* é requisito dos mais importantes, pois informa que o direito de recorrer deve ser exercido dentro de determinado lapso temporal. A regra, neste ponto, é que o recurso, no Processo Civil, observe o prazo de quinze dias, com ressalva, apenas, para os embargos declaratórios, cujo prazo é de cinco dias. Há, todavia,

contagem realizada em dobro para o Ministério Público, para a Defensoria e para os escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e para as entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública; para a Advocacia Pública e para os litisconsortes que sejam representados por procuradores distintos, se estes atuarem em diferentes escritórios de advocacia. Essas disposições sobre a dobra do prazo recursal, advirta-se, valem também para a entrega das contrarrazões.

Trata-se de prazo processual, e, por essa razão, qualquer que seja a espécie recursal, computar-se-ão somente os dias úteis. Seu termo inicial, em acordo com o art. 1.003 do CPC, decorre da intimação da decisão, que pode ser feita na pessoa do advogado ou da sociedade de advogados. Sendo a decisão proferida em audiência, consideram-se intimados os sujeitos nesse mesmo ato.

O recurso terá sua tempestividade aferida pela data do protocolo, que segue as normas de organização judiciária e pode ser feito em cartório ou por meio de protocolos descentralizados. Se os autos forem eletrônicos, a interposição do recurso deve observar a hora local do órgão julgador, para onde o recurso é dirigido. Note que, em nosso país, com diversos fusos e horário de verão, pode haver razoável diferença entre o prazo final no local de origem e no local de destino do recurso.

Atento à diretriz fundamental de primazia do julgamento do mérito, o CPC/2015 supera antiga jurisprudência defensiva, considerando válido recurso interposto antes da fluência do prazo. Será tempestivo, portanto, o recurso prematuro.

Destaca-se, ainda, que a existência de feriado local deve ser comprovada no ato de interposição do recurso, sob pena de inadmissão do recurso.

O *preparo* consiste no recolhimento de uma taxa, devida em função do processamento do recurso. No cálculo, inserem-se a taxa judiciária e as despesas com o porte de remessa e retorno do recurso. Este último fator, por razões operacionais, não se aplica aos processos eletrônicos: não se cobra, ainda, por *upload.* Sua comprovação é feita no momento da interposição, anexando-se à

peça recursal a guia de recolhimento, se assim exigir a legislação, com ressalva feita aos Juizados Especiais Cíveis, por força do art. 42, § 1º, da Lei 9.099/1995, que permite a comprovação do recolhimento do preparo em até quarenta e oito horas após a interposição.

A ausência ou insuficiência do preparo implica pena de deserção, o que, tecnicamente, traduz o juízo de admissibilidade negativo desse requisito. Esse resultado, entretanto, não se produz sem que antes incida o dever de correção e a primazia do mérito recursal. Na prática, isso significa que havendo insuficiência do valor do preparo, incluindo-se aí o porte de remessa e retorno, o recorrente deve ser intimado, na pessoa de seu advogado, para suprir a falta no prazo de cinco dias e com isso evitar a pena de deserção. Disposição semelhante se estabelece para o caso de o recorrente interpor o recurso sem a devida comprovação do preparo. Aqui, intima-se o recorrente para efetuar o preparo em dobro, sob pena de deserção. Como a legislação não estabelece previamente o prazo para esse recolhimento, aplica-se a disposição geral de cinco dias, prevista pelo art. 218, § 3º, do CPC.

A legislação pode conferir isenções objetivas e subjetivas. Nas isenções objetivas, a interposição dispensa o preparo em função da espécie recursal, a exemplo dos embargos de declaração. Nas isenções subjetivas, por sua vez, a dispensa se justifica em razão do recorrente. É o que acontece com recursos interpostos pela Defensoria, Ministério Público, União, Distrito Federal, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias, ou pela parte que tenha sido agraciada com o benefício da gratuidade da justiça.

Provando-se o justo impedimento, a pena de deserção pode ser relevada, por decisão irrecorrível, fixando-se em seguida prazo de cinco dias para efetuação do preparo.

ATENÇÃO

Veda-se, entretanto, que, em caso de ausência de preparo, o recolhimento em dobro seja feito parcialmente,

com possibilidade de complementação em momento posterior, o que permitiria, no caso prático, duas oportunidades seguidas de correção do vício recursal.



A *regularidade formal* trata dos requisitos mínimos e gerais, apresentados pela legislação para a admissibilidade do procedimento. São eles: a interposição de recurso por escrito, com ressalva para os embargos de declaração opostos nos juizados especiais, onde se admite a via oral; a dedução conjunta do pedido de revisão com as respectivas razões, o que nos autoriza a concluir que não há pedido implícito no recurso; a impossibilidade de aditamento ou mudança das razões recursais após sua interposição, com exceção da hipóteses de os embargos declaratórios produzirem efeito modificativo na decisão, o que será explicado, devidamente, no estudo dos recursos em espécie.

O recurso deve ser subscrito por quem possua capacidade postulatória, mesmo quando a demanda tramite pelos Juizados Especiais. A ausência de procuração, entretanto, não implica rejeição liminar, aplicando-se, nesse caso, o art. 76, § 2º, do CPC.

ATENÇÃO

O novo modelo cooperativo, já se sabe, impõe deveres a todos aqueles que de alguma forma participam da

relação jurídico-processual. Essa norma fundamental, associada à primazia do mérito, legitima que se exija do relator, antes de eventual juízo de admissibilidade negativo, a comunicação das partes para a correção do vício. Nesse sentido, estabelece o parágrafo único do art. 932 do CPC: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE CLASSIFICAÇÃO	
Intrínsecos (Existência do direito ao recurso)	**Extrínsecos (Exercício do direito ao recurso)**
– Possibilidade jurídica da revisão (cabimento) – Interesse recursal – Legitimidade – Inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de recorrer (desistência,	– Preparo – Tempestividade – Regularidade formal

renúncia e preclusão)	

43.14 JUÍZO DE MÉRITO

O juízo de mérito do recurso, assim como o juízo de mérito da petição inicial, é feito em momento posterior ao juízo de admissibilidade, pois este lhe é preliminar, e, por uma questão lógica, antecede a manifestação sobre a revisão da decisão judicial.

Sobre o pronunciamento de mérito do recurso, sabe-se que ele poderá ser provido, improvido, ou provido em parte, já que a procedência pode ser parcial. Ademais, também o recurso pode cumular pedidos, de forma simples ou sucessiva, o que justifica a possibilidade de resultados parcialmente favoráveis. Veja, por exemplo, que o recorrente pode atacar todos os capítulos da decisão de primeira instância, que o condena a pagar indenização por danos materiais diversos. Havendo duas condenações, nesse caso, admite-se cumulação própria independente, de sorte que o resultado pode ser favorável em somente um dos dois capítulos recorridos. Pode-se ainda cumular pedidos recursais de forma sucessiva, deduzindo, nesse caso, pretensões de invalidação, por *error in procedendo*, e reforma, por *error in judicando*. Assim, caso não se alcance a anulação da decisão, segue-se para a análise da possibilidade de reforma, em ordem sucessiva.

43.15 PRINCÍPIOS RECURSAIS

Retomando-se as lições sobre os vetores hermenêuticos da coerência e da integridade, a partir dos quais devemos compreender, interpretar e aplicar as normas do Código de Processo Civil, passamos ao estudo dos princípios recursais, a fim de identificarmos diretrizes específicas.

O *duplo grau de jurisdição* se destaca como princípio constitucional de incidência imediata na matéria recursal. É certo que a ausência de previsão específica não lhe suprime a natureza

jurídica, pois se trata de princípio implícito, cuja construção decorre do devido processo legal.

O duplo grau de jurisdição implica possibilidade de revisão, que, normalmente, é feita em órgão distinto, hierarquicamente superior e por decisão colegiada. Isto, entretanto, não impede que a revisão ocorra perante o mesmo órgão que proferiu a decisão, o que nos permite concluir que todos os recursos gozam do efeito devolutivo, a exemplo dos embargos declaratórios. Pode-se então defender a incidência do duplo grau em sentido vertical, tradicionalmente aplicado para o exercício da competência derivada dos tribunais, e, de um duplo grau horizontal, que permite revisões perante o mesmo juízo prolator da decisão.

Dentre as finalidades do duplo grau, destacam-se a possibilidade de correção do erro judicial, a melhor qualidade na prestação do serviço jurisdicional e um eventual convencimento das partes pelo acerto da decisão.

A *taxatividade* é princípio recursal disposto para registrar a limitação das espécies recursais, todas elas elencadas na redação do art. 994 do CPC. A partir dessa lição, portanto, conseguimos desvincular os recursos de outras formas de impugnação das decisões judiciais, estudadas em linhas anteriores deste curso, tais como a ação rescisória, a reclamação constitucional e o pedido de reconsideração.

A *singularidade* informa que, para cada decisão judicial, cabe apenas uma espécie recursal. A exceção é por conta da possibilidade de um mesmo acórdão, considerando-se aqui os capítulos dessa decisão, ser atacado, simultaneamente, por recurso especial para o STJ e por recurso extraordinário para o STF.

ATENÇÃO

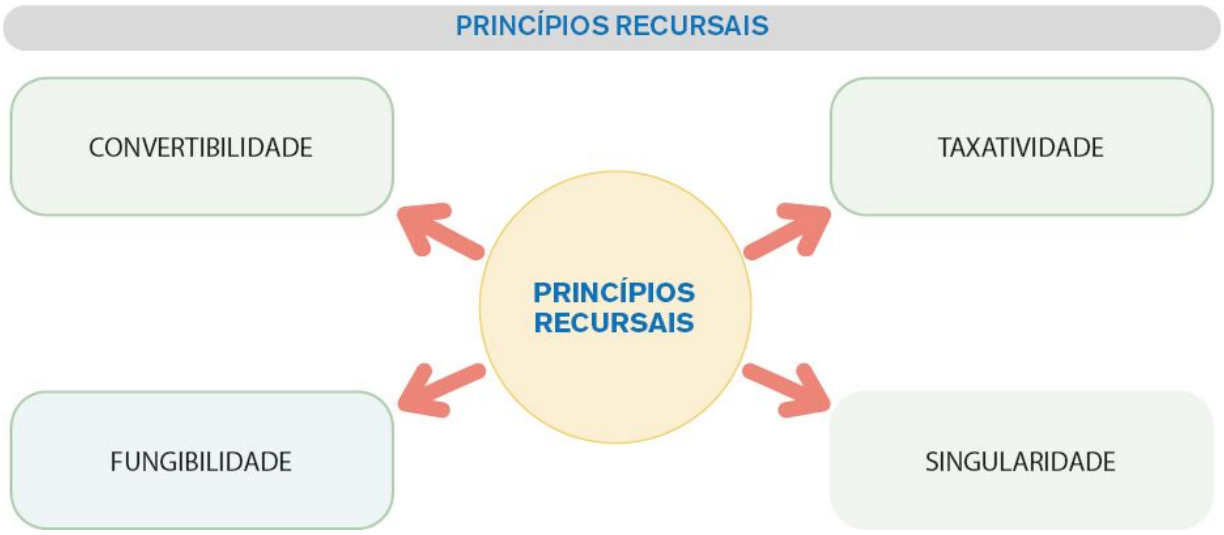
Admite-se também que um mesmo recurso ataque decisões distintas. É o que acontece com a apelação, que, num caso concreto, pode ser utilizada para

combater decisão interlocutória não agravável e a própria sentença.

A *fungibilidade*, compreendida como princípio recursal, em verdade evoca apenas requisitos específicos para sua aplicação, já que as diretrizes gerais são antes estudadas nas tutelas provisórias. Aqui, entretanto, demanda-se a existência de dúvida objetiva, de sorte que o recurso interposto possa ser aproveitado como se fosse o recurso correto, justificando com isso um juízo de admissibilidade positivo.

A dúvida objetiva resulta de expressiva divergência doutrinária e jurisprudencial, e não se confunde com a particular falta ou incorreta compreensão do recorrente sobre qual seja o recurso correto.

É possível defender a existência de um último princípio: a *convertibilidade*, o que se faz com base nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC. Nessas duas hipóteses, a discordância quanto ao acerto da espécie recursal cabível para o caso impõe, para o relator, em decorrência da cooperação e da primazia do mérito recursal, que comunique o recorrente e lhe ofereça prazo para a alteração da peça, de sorte que os requisitos de admissibilidade específicos do recurso correto sejam observados. Veja, por exemplo, que a interposição de um recurso especial para o STJ, caso o recurso correto seja o extraordinário para o STF, só alcançará o juízo de admissibilidade positivo, se o recorrente demonstrar a existência de repercussão geral, aqui evocado como exigência específica dessa espécie recursal. Trata-se, portanto, de procedimento distinto, que não se esgota pelo mero aproveitamento da peça, sem qualquer modificação.



43.16 RECURSO ADESIVO

Os recursos, de modo geral, são interpostos de forma autônoma, com atenção aos requisitos de admissibilidade. Destacando-se o interesse recursal, costumeiramente associado ao gravame causado pela decisão judicial, convém observar que a sucumbência será parcial quando atingir somente um lado da relação processual sem, no entanto, alcançar todos os seus sujeitos. Tal situação ocorre, por exemplo, quando, diante de litisconsortes passivos simples, apenas um deles é condenado. De outro lado, teremos sucumbência recíproca quando ambos os polos da relação jurídica processual, em decorrência da decisão, puderem ter sua situação melhorada com o julgamento do recurso.

Note que num caso prático, o autor pode, por exemplo, deduzir pretensão para condenar o réu no pagamento de indenização por danos morais, no valor de dez mil reais, obtendo, ao final, sua condenação ao pagamento de somente sete mil reais. Com esse resultado, perceba, ambos os polos suportam prejuízo, pois nem o autor recebe o valor total nem o réu se esquiva da condenação.

É certo que, em casos assim, tanto o autor quanto o réu podem recorrer, mas o caso concreto permite que um deles considere suportar o gravame, e, por conta disso, resolva, simplesmente, acatar a decisão.

Desenvolvendo nosso exemplo, vamos imaginar que, após o encerramento do prazo, identifique-se apenas o recurso do autor, cabendo ao réu, nesse momento, apresentar somente as contrarrazões para manter a condenação inicialmente fixada em sete mil reais, sem, no entanto, ter mais a possibilidade de esquivar-se da condenação já firmada em primeira instância, pois imaginou que o silêncio do demandante permitiria a formação da coisa julgada, e, com ela, o valor final da indenização.

Essa incerteza quanto ao comportamento da parte adversa certamente contribuiria para o aumento da litigiosidade, levando o réu, que na hipótese ventilada, estava disposto a pagar o valor arbitrado em primeiro grau, a recorrer para se precaver de possível majoração, decorrente do julgamento do recurso do autor.

Para vencer essa questão, a legislação processual estabelece pelo art. 997, § 1º, do CPC que: sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por uma das partes, poderá aderir o outro. Em termos práticos, isso significa que havendo sucumbência recíproca e a interposição de recurso do adversário, a parte contrária poderá, no prazo das contrarrazões, não apenas sustentar a manutenção do valor arbitrado em primeira instância, mas também apresentar, de forma adesiva o seu próprio recurso, cuja finalidade, em nosso exemplo, é provocar manifestação do tribunal pela improcedência do pedido do autor e a consequente não condenação no pagamento da indenização, uma vez que a decisão acerca da condenação em sete mil reais ainda não é definitiva e pode ser elevada pelo tribunal.

Dito isso, podemos concluir que o chamado recurso adesivo, em verdade, traduz a possibilidade de a parte interpor a apelação, o recurso especial ou o recurso extraordinário de modo alternativo; que, de um lado, é interposto no prazo das contrarrazões, como se fosse uma segunda oportunidade de impugnação da decisão judicial, mas, de outro, deixa de ser autônomo e adere ao que chamamos de recurso principal, aqui compreendido como o recurso do adversário, interposto pela via tradicional, dentro do prazo legal.

Nesse sentido, afirma-se que o recurso adesivo deve ser interposto em peça separada das contrarrazões e que fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as

mesmas regras de admissibilidade e julgamento, devendo ainda observar que seu conhecimento ficará prejudicado se houver desistência do recurso principal ou se este for inadmissível.

TEORIA GERAL DOS RECURSOS	
Conceito	Instrumentos processuais voluntários, postos à disposição das partes, do MP ou de terceiros interessados, a fim de que obtenham a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial.
Natureza jurídica	Doutrina tradicional: recurso é um remédio processual. Nosso posicionamento: recurso é demanda.
Legitimidade	A legitimidade para a utilização dos recursos está prevista no art. 996 do CPC: partes, Ministério Público e terceiros.
Interesse recursal	Não somente aquele que sofre gravame, mas também aquele que pode ter sua situação melhorada pelo julgamento do recurso (ex.: o réu pode recorrer para trocar uma decisão terminativa por outra, de improcedência do pedido do autor).
Objeto	Pronunciamentos judiciais de conteúdo decisório: decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas e acórdãos.

Finalidades	Reforma: erro de julgamento. Invalidação: erro de procedimento. Esclarecimento: obscuridade ou contradição. Integração: omissão. Impedir a preclusão e a coisa julgada.
Pedido recursal	Há sempre um pedido de revisão da decisão. Deve-se observar, nesse aspecto, se o recurso foi total ou parcial.
Efeitos	Devolutivo; suspensivo; translativo; regressivo; expansivo.

[307] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5, p. 135.

[308] O interesse recursal pode não surgir no momento seguinte à decisão. Para tanto, basta considerar a possibilidade do recurso adesivo ou das hipóteses em que a apelação de uma das partes desperta o interesse do adversário em rever as decisões interlocutórias não agraváveis.

[309] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, p. 257.



44.1 APELAÇÃO

A apelação é o mais conhecido recurso do âmbito processual. Sua regulamentação se faz entre os arts. 1.009 e 1.014 do CPC, sem prejuízo das lições apresentadas nas disposições gerais dos recursos, tais como a primazia do mérito e o dever de correção.

O objeto da apelação, tradicionalmente, reside na sentença, seja ela terminativa ou definitiva, declaratória, constitutiva ou condenatória, em processo de conhecimento ou de execução, em jurisdição voluntária ou contenciosa. As poucas exceções resultam da Lei de Execução Fiscal, em que a sentença é atacada por embargos infringentes de alçada, e pela sentença que decreta a falência, quando o recurso cabível, por expressa disposição legal, é o agravo de instrumento.

O novo Código de Processo Civil, nesse ponto, promove ampliação do objeto da apelação, pois contempla a possibilidade de atacar também as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento, cuja previsão se encontra no art. 1.015. Para tanto, a parte que interpuser o recurso deve suscitar em preliminar, da apelação ou das contrarrazões, que, antes de julgar o pedido de revisão da sentença, seja julgado o pedido de revisão da decisão

interlocutória não agravável, que, como se pode deduzir, mesmo proferida há muito tempo, não se submete à preclusão, e, por essa razão, pode ser revista em momento posterior.

Nesse sentido, o art. 1.009, § 1º, vai dizer que: “As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Feito isso, deverá o tribunal reexaminar primeiro a decisão interlocutória. Concluindo por sua alteração, o processo retornará à fase em que ela foi proferida, com possível prejuízo dos atos subsequentes que lhe sejam conexos. Sendo, por exemplo, afetada a sentença, por consequência lógica, também ficará prejudicada a apelação. De outro lado, entretanto, pode o tribunal concluir pela manutenção da interlocutória e seguir para reexaminar o pedido de impugnação da sentença.

Questão interessante consiste em saber se a apelação pode ser utilizada somente para atacar a decisão interlocutória não agravável ou se essa possibilidade pressupõe o ataque conjunto da sentença. Em que pese a divergência doutrinária, entendemos pela possibilidade de a apelação atacar somente a decisão interlocutória, sobretudo porque o interesse em recorrer não se limita pelo gravame da parte dispositiva, mas sim pela possibilidade de obter-se um resultado mais favorável e seguro, com o julgamento do recurso.

Visto o conceito e o objeto da apelação, seguimos para identificar seus requisitos de admissibilidade. No que se refere à tempestividade, disponibiliza-se aqui o prazo geral dos recursos, de quinze dias, contados apenas em dias úteis.

Ao tratar do preparo, o apelante deve observar as leis estaduais para identificar o valor das custas, uma vez que a apelação, sem prejuízo de isenções objetivas, reclama o recolhimento da taxa para assegurar um juízo positivo de admissibilidade.

Já sobre os aspectos formais, informados pelo art. 1.010 do CPC, deve o apelante observar que sua interposição se faz perante

o juízo de primeiro grau que proferiu a decisão, com os nomes e a qualificação das partes, a exposição de fato e de direito, as razões do pedido de reforma ou invalidação e o pedido expresso de nova decisão.

Em que pese a apelação ser interposta perante o juízo *a quo*, este não mais exerce qualquer juízo de admissibilidade, devendo remetê-lo ao órgão competente, após cumprir o procedimento de entrega do recurso e oferecimento das contrarrazões.

Avançando agora para os efeitos da apelação, podemos afirmar que, como toda espécie recursal, aqui constatamos o efeito devolutivo. No plano horizontal, fala-se na extensão da impugnação, que, como se sabe, pode ser total ou parcial. Já no plano vertical, trata-se da profundidade, cuja amplitude se estabelece em respeito aos §§ 1º e 2º do art. 1.013 do CPC e permite que o tribunal conheça de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, se estiverem presentes no capítulo impugnado. Note que, por essa via, tratamos dos fundamentos e não do pedido de revisão, sendo possível ao tribunal, no julgamento da apelação, manter a decisão judicial por fundamento distinto daquele utilizado em primeira instância.

EFEITO DEVOLUTIVO

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.



§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Em regra, a apelação goza do efeito suspensivo, e, por isso, a decisão atacada não está apta a produzir efeitos desde sua prolação. É claro que, por conta da isonomia material e do resgate da faticidade, algumas hipóteses afastam esse efeito suspensivo, permitindo o cumprimento provisório da decisão judicial. Sobre o tema, destacamos, pelo art. 1.012, § 1º, a sentença que: (I) homologa divisão ou demarcação de terras; (II) condena a pagar alimentos; (III) extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; (IV) julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; (V) confirma, concede ou revoga tutela provisória; (VI) decreta a interdição. O rol é apenas exemplificativo, mas ilustra muitas hipóteses em que se admite o cumprimento provisório da decisão judicial. Em qualquer delas, o requerimento de concessão do efeito suspensivo pode ser formulado diretamente ao tribunal, no período que compreende a interposição do recurso e sua distribuição, caso em que o relator sorteado será prevento para julgar o recurso, quando este chegar à Corte.

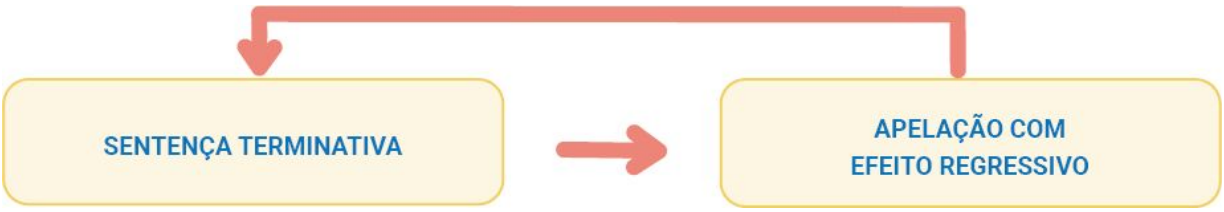
De modo geral, a atribuição do efeito suspensivo ao recurso demanda da parte a demonstração de que o cumprimento provisório da decisão possa causar-lhe dano de grave ou difícil reparação. Há, entretanto, aqui na apelação e no recurso de embargos declaratórios, permissão para que o efeito suspensivo seja atribuído apenas por justa e relevante fundamentação. Na prática, isso significa que o apelante não precisa, necessariamente, evocar os

fundamentos já conhecidos para a concessão das tutelas provisórias de urgência, podendo elidir o cumprimento provisório mesmo quando não exista risco de dano grave, se a fundamentação evocada for convincente.



Em decorrência da primazia do mérito, o recurso de apelação é dotado de efeito regressivo, permitindo ao magistrado, diante de sua interposição, que se retrate da sentença proferida com base em qualquer das hipóteses de extinção sem resolução do mérito, e, ainda, quando concluir pela improcedência liminar da petição inicial, nos termos do art. 332, § 3º, do CPC. Em ambos os casos, o prazo para a retratação é de cinco dias.

EFEITO REGRESSIVO



Art. 485, § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

O efeito translativo, por sua vez, permite ao tribunal conhecer de ofício matéria de ordem pública ainda não suscitada, desde que afeta ao capítulo impugnado pela apelação. Do contrário, não sendo o capítulo da decisão objeto da apelação, o vício é sanado pela formação da coisa julgada e não será conhecido pelo tribunal.

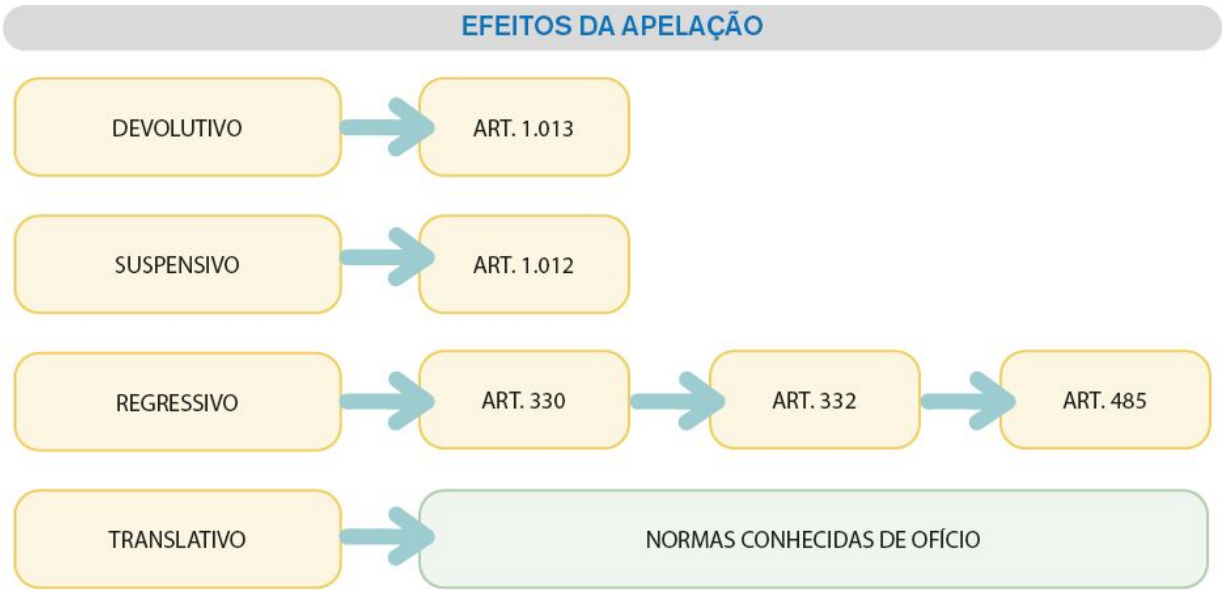
EFEITO TRANSLATIVO



NORMA DE ORDEM PÚBLICA OU QUE POSSA SER CONHECIDA DE OFÍCIO

Vistos os efeitos da apelação, passamos ao estudo da teoria da causa madura, hoje consagrada pelo art. 1.013, § 3º, do CPC. Por ela, admite-se que o tribunal, ao julgar o recurso de apelação que combata sentença terminativa, incongruente com os limites do pedido ou da causa de pedir, omissa no exame de um dos pedidos, ou, quando decretar a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, possa avançar para resolver o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento. Com isso, suprime-se, por expressa disposição legal, o duplo grau de jurisdição, vez que o tribunal será o primeiro a se manifestar sobre o mérito. Flexibiliza-se a vedação de que o recurso possa agravar a situação da parte, já que a decisão terminativa, ao ser reformada pode, por exemplo, traduzir-se em decisão de improcedência do pedido.

Pelo mesmo dispositivo, permite-se que o julgamento da apelação sirva para suprir omissões da sentença, com a consequente correção das chamadas decisões *citra petita*, e que eventuais falhas na fundamentação, por descumprimento do art. 489 do CPC, sejam corrigidas diretamente pelo tribunal, afastando, com isso, um possível retorno do processo à primeira instância.



Concluído o estudo sobre o conceito, o objeto, os requisitos e os efeitos da apelação, passamos a comentar seu procedimento. Como se sabe, a interposição é feita perante o juízo *a quo,* sem que este lhe promova qualquer juízo de admissibilidade, ainda quando houver vício evidente.

Recebida a apelação, a parte contrária será intimada para apresentar as contrarrazões em quinze dias. Caso essa manifestação traga um pedido de revisão de decisão interlocutória não agravável, que, como se sabe, também pode ser feita em preliminar de contrarrazões, o apelante será intimado para falar, no prazo de quinze dias, a fim de que dessa forma assegure-se o exercício do contraditório.

Cumpridas as formalidades em primeiro grau, o processo segue para o órgão revisor. Lá, o processo é registrado e distribuído para o relator, em acordo com as disposições do regimento interno, mas observa também a disposição do art. 931 do CPC, que estabelece prazo de trinta dias para o relator, após a elaboração de seu voto, restituí-lo com o respectivo relatório, à secretaria.

Na sessão de julgamento, que contará com a participação de três magistrados, pode haver pedido de vistas por qualquer deles, caso não se sinta habilitado para julgar o recurso, pelo prazo máximo de dez dias.

Se o resultado do julgamento da apelação for não unânime, dar-se-á prosseguimento, em nova sessão, a ser designada com a presença de outros julgadores, convocados em acordo com as regras do regimento interno do tribunal, em número que seja suficiente para reverter o primeiro resultado. Tal procedimento, por exigência constitucional do contraditório, hoje consagrado pelo binômio influência e não surpresa, disponibiliza para as partes e para eventuais terceiros, o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Esse procedimento, previsto para viabilizar a reversão de conclusões iniciais não unânimes na apelação, também se aplica nas hipóteses do agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcial de mérito, e, ainda, no julgamento da ação rescisória, quando houver rescisão da sentença, devendo,

nesse caso, seguir-se com o julgamento e apreciação pelo órgão de maior composição previsto no regimento interno do tribunal.

44.2 AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de instrumento é recurso cabível contra decisões interlocutórias de primeira instância, elencadas no art. 1.015 do CPC. Em todas as hipóteses previstas pelo legislador, destaca-se o fato de as decisões interlocutórias, ainda quando pertinentes à parte do mérito, não encerrarem o módulo processual, que, como se sabe, constitui-se pelo procedimento em contraditório, e tanto pode ocorrer nas duas fases do processo sincrético como no processo de execução.

Destaca-se aqui uma diferença elementar entre as duas espécies de decisão interlocutória. A primeira, proferida sob circunstância não discriminada pelo legislador, e, portanto, não agravável, pode ser arguida em preliminar de apelação ou em suas contrarrazões, não se submetendo à preclusão, até esse momento. A segunda, agravável, deve ser combatida em até quinze dias por meio de recurso, sob pena de preclusão temporal, não sendo possível, em regra, debatê-la em momento posterior.



Analisando as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, é possível identificar razões de política legislativa para fundamentar uma disposição taxativa. É certo que, por métodos cartesianos,

chegamos rapidamente ao “nirvana” da segurança jurídica. Há, entretanto, que considerarmos o cotidiano da vida e sua inexorável complexidade, o que, em termos práticos, compromete os propósitos legislativos. Em que pese nossa compreensão sobre o tema, seguiremos com a análise de cada uma das hipóteses ventiladas pelo legislador.

O inciso I preleciona ser agravável a decisão interlocutória que verse sobre as tutelas provisórias, que, como se sabe, traduz gênero que abriga as tutelas de urgência antecipada e cautelar, e, ainda, a tutela de evidência. Em procedimentos especiais, a exemplo do rito possessório, encontra-se previsão para o cabimento do agravo de instrumento, nesse caso utilizado para combater decisões liminares, que em certa medida também apresentam natureza satisfativa, admitem a fungibilidade e servem como alternativa específica para uma satisfação mais célere do direito.

A segunda hipótese ventilada para o cabimento do agravo de instrumento trata da decisão parcial de mérito, que, como se sabe, pode ser promovida com respaldo no art. 356 do Código de Processo Civil. Sendo essa uma decisão de mérito, proferida em cognição exauriente, a não interposição do agravo de instrumento, aqui, implica formação da coisa julgada material, e, por essa razão, ainda que em momento posterior do processo se julgue uma eventual apelação, seu efeito translativo não permitirá qualquer mudança sobre a decisão pretérita de mérito ao argumento de que há vícios de ordem pública, conhecidos de ofício, pois, sobre esse tema, ressalte-se, não haverá mais jurisdição.

A terceira decisão é aquela que rejeita a alegação de convenção de arbitragem. Note que sobre essa matéria o juiz não deve se manifestar de ofício, devendo o réu argui-la em preliminar de contestação, com base no art. 337 do CPC, sob pena de preclusão. Caso se acolha a alegação, a decisão judicial extinguirá o processo, sendo, portanto, uma sentença terminativa, passível de ataque por apelação. De outro lado, caso rejeite a alegação, o processo seguirá e tal decisão será interlocutória, passível de agravo de instrumento. Há controvérsia sobre a viabilidade de uma interpretação extensiva, a fim de que essa previsão legal contemple outras hipóteses

contratuais, como as convenções processuais. A tese, sustentável sob o ponto de vista acadêmico, pode ser evocada em questões discursivas, mas não serve como fundamento para justificar respostas objetivas em certames públicos baseados na literalidade do dispositivo.

A quarta decisão interlocutória prevista em lei como hipótese de cabimento do recurso é a que trata da desconsideração da personalidade jurídica, cuja regulamentação se encontra entre os arts. 133 e 137 do CPC. Perceba que aqui, qualquer que seja o conteúdo da decisão, cabível será o recurso do agravo de instrumento.

Como quinta espécie de decisão interlocutória agravável, temos o pronunciamento de rejeição de gratuidade da justiça ou que acolhe sua revogação. A questão demonstra predileção por uma das vias processuais, já que a decisão que concede ou a que mantém a gratuidade não está sujeita ao agravo, devendo ser questionada em preliminar de apelação. Em que pesem as críticas sobre o texto, deve-se observar, de forma pragmática, que a primeira situação, de rejeição ou revogação da gratuidade, impõe para a parte o imediato recolhimento das custas, constituindo-se, eventualmente, em empecilho intransponível, muitas vezes, para o desenvolvimento da relação processual, que por esse mesmo motivo, aqui, admite uma revisão imediata, pelo agravo de instrumento.

A sexta previsão para o manejo do agravo de instrumento trata da exibição ou posse de documento ou coisa. O tema é regulado pelo art. 396 do CPC, e sua inclusão nesse rol pretensamente taxativo do agravo se justifica pela relação lógica de que o documento ou a coisa, num caso concreto, podem ser determinantes para a formação da sentença, não sendo, portanto, coerente que somente nesse momento, se pudesse contestar a decisão judicial, por apelação.

A sétima causa decorre da exclusão de litisconsorte. A decisão judicial, que, nesse caso, não encerra o processo, mas apenas exclui uma de suas partes, não pode mesmo ser revista em momento posterior, quando da entrega da sentença e de eventual

recurso de apelação, já que, para o litisconsorte excluído, toda a tramitação se daria em prejuízo de sua intervenção e possibilidade de influência na formação da decisão final.

A oitava causa prevista para o agravo de instrumento versa sobre a rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio multitudinário. É certo que a limitação do chamado litisconsórcio multitudinário pode ser feita de ofício ou mediante requerimento do réu, a bem da instrução processual. Sendo essa a conclusão, o litisconsorte excluído poderá agravar com base na hipótese anterior. Todavia, se o magistrado rejeitar a limitação, e, com isso, manter todos os litisconsortes no mesmo processo, aí sim, caberá agravo de instrumento com fulcro nesse inciso VIII.

Como nona causa de cabimento do recurso a legislação prevê a decisão que admite ou inadmite a intervenção de terceiros. Com isso, permite-se que a decisão interlocutória de primeiro grau seja logo submetida à apreciação do tribunal que pode corrigir, com brevidade, o equívoco da primeira instância, e, com isso, assegurar a possibilidade de o terceiro influenciar o resultado do processo, ou mesmo, de excluí-lo, para elidir essa mesma influência, quando indevida for a sua participação.

Registra-se ainda que o agravo de instrumento, nesse caso, não se limita às conhecidas modalidades de intervenção de terceiros: assistência, denunciação, chamamento, *amicus curiae* e a desconsideração da personalidade jurídica, mas também às intervenções de terceiros previstas em leis extravagantes. Sobre o tema, destaca-se, como exceção, a decisão interlocutória que defere a participação do *amicus curiae,* que, por força do art. 138 do CPC, é irrecorrível.

A décima hipótese ventilada para o cabimento do agravo de instrumento versa sobre a decisão que modifica ou revoga o efeito suspensivo aos embargos à execução. O tema foi abordado em páginas anteriores, e, por essa razão, aqui, evocamos apenas as lições de que tanto no cumprimento de sentença como na execução, não é necessária a garantia do juízo para o oferecimento da defesa, mas sim para que possam gozar do efeito suspensivo. Em que pese o inciso mencionar apenas os embargos, o parágrafo único desse

mesmo dispositivo informa que caberá agravo contra as decisões proferidas em cumprimento de sentença, o que significa dizer que quaisquer decisões judiciais sobre os efeitos de qualquer dessas duas defesas – embargos ou impugnação – são agraváveis.

Como décima primeira hipótese, temos a decisão sobre a redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 373, § 1º, do CPC, que estabelece, como regra, ao autor, fazer prova de fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, produzir provas de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em decorrência do que aqui se afirmou sobre o resgate da faticidade e a adequação do procedimento para com a identidade da causa, é possível compreender a proposta de ônus dinâmico de produção da prova. Por essa técnica processual, sabe-se que o magistrado, diante da especificidade da causa, deve considerar a possibilidade de inversão, se concluir que a aplicação da regra tornará impossível ou excessivamente difícil a produção da prova. É certo que tal decisão deve ser fundamentada e ainda observar os termos do contraditório, que hoje se afirma pela influência e não surpresa. Por essa razão, sabemos que ao decidir pela inversão, deve o magistrado comunicar as partes e disponibilizar prazo para que possam se desincumbir do ônus. Havendo redistribuição, por expressa disposição legal, caberá agravo de instrumento, que contempla também a decisão que não a admitir.

Questão interessante, recentemente decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, versa sobre a decisão de primeira instância que afasta a alegação de prescrição da pretensão, no saneamento do processo (art. 357). Sendo essa uma decisão de mérito (art. 487, II) com previsão expressa no art. 1015, II; a não interposição do agravo de instrumento implicará preclusão consumativa, não podendo a parte se insurgir contra a decisão em preliminar de apelação. (STJ, REsp 1972877/PR, *DJe* 29.09.2022).

Encerra-se esta análise pelo parágrafo único do art. 1.015 do CPC, que estabelece, para o agravo de instrumento: as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

É certo que a interpretação literal do dispositivo limita as hipóteses de agravo de instrumento, pois não é mesmo possível antever todas as perguntas ou situações convenientes para o manejo do recurso, sem desconsiderar a multiplicidade da vida, que, diariamente, renova as perguntas jurídicas. Por essa razão, críticas de toda ordem são proferidas ao dispositivo e já há decisões no Superior Tribunal de Justiça admitindo a interposição do agravo para combater decisões interlocutórias não previstas pelo art. 1.015 do CPC. Em que pese a conveniência dessa ampliação, que empiricamente traz novas hipóteses de cabimento, entendemos, pelo bem da coerência e da integridade do sistema processual, que tais conclusões são ilegítimas, pois desconsideram as opções legislativas, democraticamente construídas, para, em momento posterior, por entendimento de turma ou tribunal, estabelecer novos incisos no texto. Também aqui, portanto, defendemos que a interpretação literal, feita a partir do horizonte hermenêutico-constitucional, é a interpretação mais segura, coerente, adequada e correta para o Direito.

ATENÇÃO

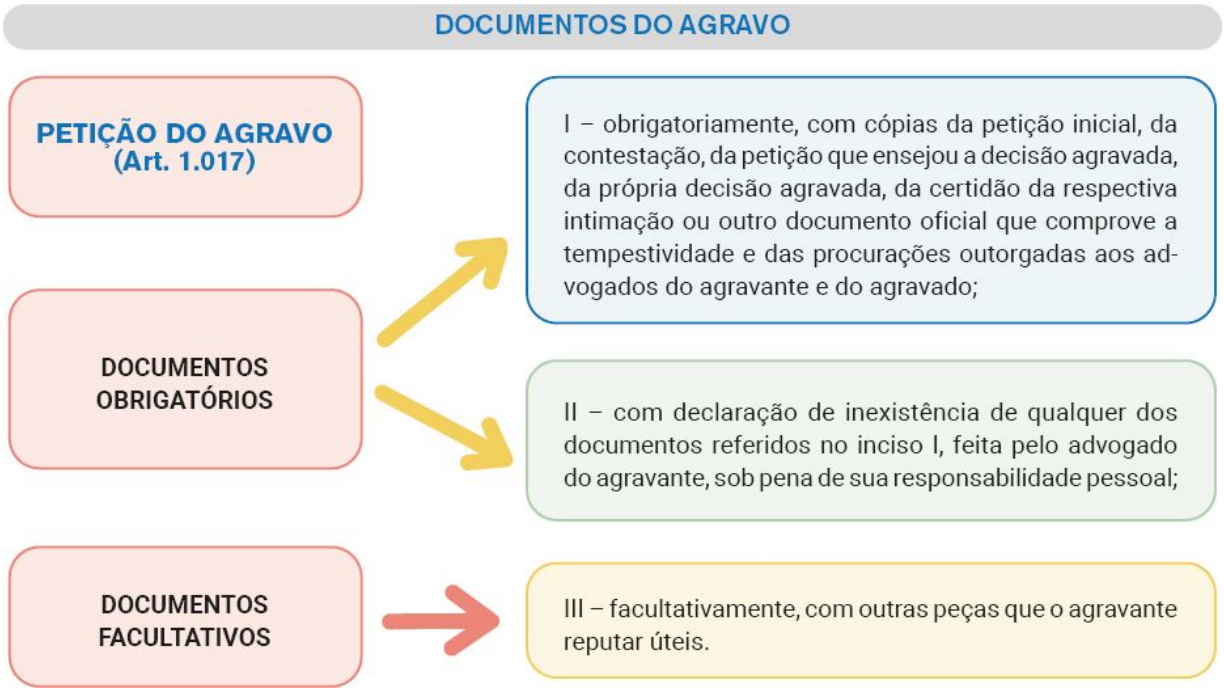
Em julgados recentes (REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça propôs a seguinte tese sobre a taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo: “O rol do art. 1.015 do CPC/2015 é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Tratando agora do procedimento, deve-se observar que o agravo de instrumento, divergindo das outras espécies recursais, é dirigido diretamente ao tribunal competente, o que proporciona a revisão imediata da decisão atacada.

A petição observa alguns requisitos de admissibilidade: os nomes das partes, o endereço completo dos advogados atuantes no processo, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de invalidação do pronunciamento e o pedido expresso de revisão.

O agravante deve, ainda, instruir a petição, obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado (art. 1.017, I, do CPC). A inexistência de qualquer desses documentos, entretanto, pode ser declarada pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal.

Sem prejuízo das peças obrigatórias, pode o agravante, facultativamente, juntar quaisquer outras peças que repute ser úteis para a apreciação e julgamento do mérito recursal, não sendo necessário que as cópias estejam autenticadas.



Caso o processo não seja eletrônico, estabelece o legislador, pelo art. 1.018 do CPC, a possibilidade de o agravante requerer a

juntada de cópia da petição do recurso, do comprovante de sua interposição e dos respectivos documentos que a instruírem, no juízo *a quo.* Com isso, permite-se, em primeiro grau, o exercício do juízo de retratação, devendo o juiz, no caso de reforma integral de sua decisão, comunicar o relator do recurso, que considerará prejudicado seu julgamento pela perda do objeto.

Ao regular os termos dessa diligência, o legislador estabelece, pelo art. 1.018, § 3º, que seu descumprimento, desde que arguido e provado pelo agravado, implica não conhecimento do recurso. Entretanto, uma leitura sistemática dos requisitos recursais, feita pelo filtro da primazia do mérito e da cooperação, afasta a possibilidade de juízo negativo pela mera arguição do recorrido, devendo, este, demonstrar a existência de prejuízo real. Dito de forma mais simples: o juízo negativo de admissibilidade, nesse caso, demanda a comprovação do prejuízo, decorrente da não juntada dos documentos em primeiro grau, não sendo suficiente que o agravado apenas denuncie seu descumprimento.

ATENÇÃO

Recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, quando a tramitação processual for eletrônica, tanto na primeira quanto na segunda instância, não será necessário que o agravante comprove a interposição do recurso e a relação de documentos indicados na legislação, para o juízo de retratação, bastando apenas comunicar o fato ao juiz da causa.

Entretanto, se o processo tramitar fisicamente na primeira justiça de primeiro grau, permanece para o agravante a obrigatoriedade de comunicar a interposição do agravo e a apresentação das respectivas peças exigidas por disposição legal, a fim de viabilizar o juízo de retratação.

O agravo de instrumento observa o prazo geral dos recursos cíveis, que, como se sabe, é de quinze dias. Como o recurso é interposto diretamente em juízo distinto daquele que proferiu a decisão, justifica-se a exigência de certidão ou outro documento que comprove sua tempestividade.

Não há isenção objetiva para essa espécie recursal, e, por essa razão, a petição do agravo deve estar acompanhada do comprovante de pagamento das custas e do porte de remessa e retorno, em acordo com a tabela a ser publicada pelo tribunal.

A petição pode ser interposta por protocolo realizado diretamente no tribunal competente. Admite-se, ainda, que sua interposição se faça por postagem, sob registro de recebimento ou por transmissão de dados, nos termos da lei.

Recebido o agravo no tribunal, ele será distribuído imediatamente para o relator, que poderá negar provimento ao recurso nas hipóteses ventiladas pelo art. 932, III e IV, do CPC. Do contrário, poderá, em até cinco dias, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir a antecipação de tutela recursal.

Cumpre ainda, ao relator, seguir com procedimento para intimar o agravado, para que responda, por intermédio das contrarrazões, em até quinze dias, sendo-lhe facultado juntar documentos que entenda pertinentes para o julgamento do recurso. Em seguida, o relator solicitará dia e hora para julgamento do agravo, em prazo não superior a um mês, contado dessa intimação.

44.3 AGRAVO INTERNO

Agravo interno é o recurso cabível contra as decisões monocráticas do relator, presidente ou vice-presidente do tribunal. Sua previsão se justifica para viabilizar a revisão das decisões que, em sua maioria, estão amparadas pelo art. 932 do CPC.

Sobre o tema, o Código de Processo Civil promove unificação do regramento que antes era pulverizado por inúmeros regimentos internos nos tribunais da federação, conferindo ao agravo interno

uniformidade quanto aos requisitos de admissibilidade, objeto, efeitos e mesmo um procedimento geral para o seu julgamento.

Para essa espécie recursal aplica-se o prazo geral de quinze dias, sendo esse mesmo prazo dispensado ao agravado para a entrega das contrarrazões. Neste ponto, rompe-se com uma tradição que, no sistema processual anterior, dispensava-lhe prazo de cinco dias, quer pelos regimentos internos dos tribunais ou mesmo por legislações especiais. Veja, por exemplo, que o prazo para o agravo interno, previsto para combater o pedido de suspensão de segurança, pelo art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992, era de cinco dias, e hoje, em decorrência da nova codificação, passa a ser de quinze dias.

A interposição do agravo interno possibilita a retratação da decisão, caso em que há perda do objeto do recurso. Do contrário, o recurso segue para análise e julgamento pelo órgão colegiado, pois o art. 1.021, § 2º, CPC estabelece competência para o julgamento do recurso ao órgão colegiado, com inclusão na pauta de julgamento. Mesmo quando do julgamento colegiado, poderá o relator proferir voto favorável ao agravante, mas, diferentemente da retratação, aqui, o resultado final não será monocrático e dependerá da maioria dos votos do colegiado.

Seguindo orientação constitucional sobre a fundamentação das decisões judiciais, consagrada pelo art. 498 do CPC, e atento ao novo sentido do contraditório, estabelece o legislador, pelo art. 1.021, § 3º, que é vedado ao relator somente reproduzir os fundamentos da decisão agravada para sustentar a improcedência do recurso.

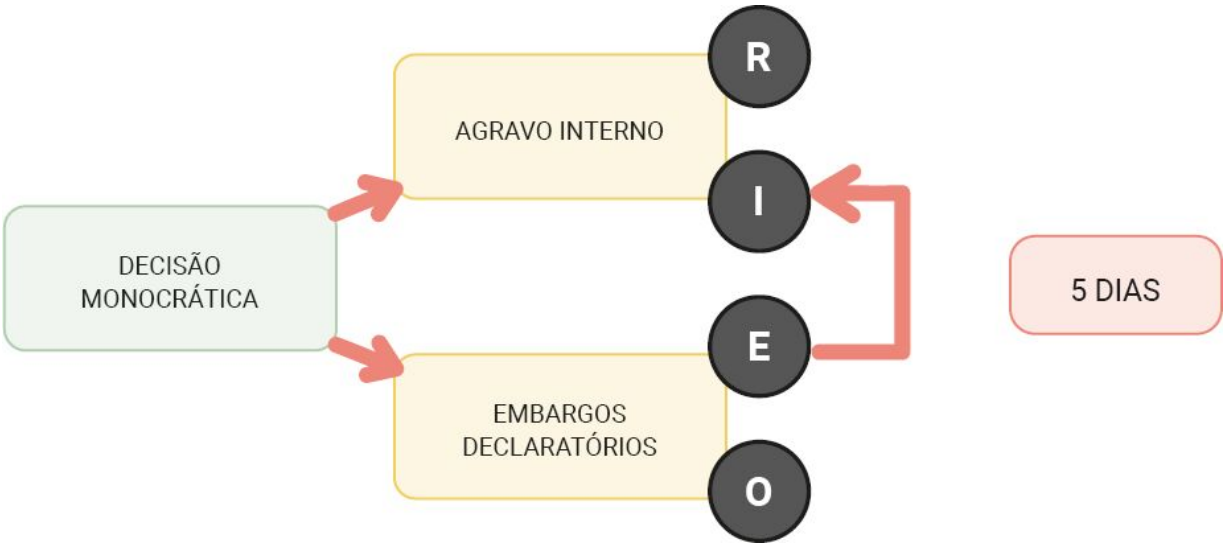
O procedimento do agravo interno destaca a possibilidade do pagamento de multa, fixada entre 1 e 5% do valor atualizado da causa, se o recurso for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente, por unanimidade.

O pagamento dessa multa, advirta-se, condiciona a interposição de qualquer outro recurso, constituindo-se, portanto, em novo requisito de admissibilidade. Há exceção prevista para a Fazenda Pública e aquele que fora agraciado com o benefício da gratuidade da justiça, que a recolherão no final do processo.

Retomando aqui as lições sobre os princípios recursais, encerram-se as considerações sobre o agravo, com destaque para a possibilidade de aplicação da fungibilidade, caso o recorrente oponha, equivocadamente, em seu lugar, embargos declaratórios. Nesse sentido, destaca o art. 1.024, § 3º, do CPC, que o órgão julgador conhecerá dos embargos declaratórios como agravo interno se entender ser esse o recurso cabível. Nesse caso, o recorrente deve ser previamente intimado para complementar as razões recursais em até cinco dias, a fim de ajustá-las e, com isso, viabilizar o juízo positivo de admissibilidade do agravo interno.

FUNGIBILIDADE

Art. 1.024, § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.



44.4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração são previstos como espécie recursal pelo art. 994 do CPC, sendo cabíveis para combater qualquer decisão judicial que, por omissão, obscuridade, contradição ou erro material, compromete a referência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, consagrada inicialmente pelo art. 93, IX, da CF, e desenvolvida, posteriormente, pelo art. 489 do CPC. A disciplina dos embargos declaratórios é feita entre os arts. 1.022 e 1.026 do CPC que, de início, ratifica seu amplo objeto de ataque. Sem prejuízo disso, é necessário observar também a jurisprudência defensiva que, em sentido contrário às disposições democraticamente aprovadas pelo Congresso, excluem arbitrariamente algumas decisões do campo de incidência deste recurso.



As finalidades perseguidas pelos embargos são: o esclarecimento, por razões de obscuridade ou contradição; a integração, por omissão; e, ainda, a correção de erro material. Por essa razão, a fundamentação dos embargos é vinculada, de modo que o recorrente só consegue sustentar seus fundamentos dentro dessas hipóteses. Dito de outra forma: ao opor o recurso, deve o embargante, sob pena de obter juízo negativo de admissibilidade, arguir qualquer dos vícios indicados em lei para o manuseio do recurso.

A primeira das finalidades decorre da necessidade de esclarecimento. Tratando-se de esclarecimento por obscuridade, o que temos é decisão ininteligível, quer seja por conta da má redação, do emprego exagerado de termos estrangeiros, ou, mesmo, por conta da difícil ou impossível compreensão. Dentre os efeitos práticos de uma decisão obscura, destaca-se a falta de certeza da parte sobre o interesse recursal, e, mesmo, a extensão da impugnação, já que a dúvida pode residir em apenas parte dos capítulos da decisão.

Numa segunda vertente, a necessidade de esclarecimento pode decorrer da contradição. Nesse caso, constatam-se, na decisão embargada, proposições inconciliáveis entre as premissas, estabelecidas pela fundamentação, e a conclusão, demonstrada na parte dispositiva.

Sobre o tema, convém observar a classificação doutrinária, que identifica a contradição pelas modalidades interna e externa. A primeira constata-se na própria decisão, sendo passível de embargos declaratórios. A segunda decorre de eventual incoerência entre a decisão e algum elemento de prova contido nos autos – como documentos – ou os argumentos deduzidos pelas partes. Não cabe embargos declaratórios para combater decisão eivada de vício dessa segunda espécie.

A necessidade de integração, como já se sabe, é uma das finalidades perseguidas pelos embargos, e justifica-se, de imediato, pela vedação ao *non liquet.* É certo que decisões omissas não decorrem somente de silêncio quanto a uma das pretensões deduzidas em juízo, mas também da ausência de manifestação

sobre os fundamentos e argumentos relevantes deduzidos pelas partes e sobre questões que, por interesse público ou determinação legal, devam ser conhecidas de ofício.

Note que, por essas linhas, caso o autor cumule pedidos na inicial, para perceber indenização por danos morais e materiais, tendo a sentença somente julgado o pedido de indenização por danos materiais, a sentença será *citra petita,* e poderá ser integrada pelo julgamento dos embargos declaratórios.

Por expressa disposição legal, consubstanciada no art. 1.022, II, do CPC, também haverá omissão quando o julgador não observar os parâmetros constitucionais da fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC. Na prática, isso significa dizer, por exemplo, que decisões em cuja fundamentação o magistrado se limite a invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo, capaz de infirmar, em tese, a conclusão; ou, ainda, que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem, no entanto, identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar por quais motivos esses fundamentos se aplicam ao caso concreto, serão omissas, e, por essa razão, admitem correção por meio dos embargos de declaração.

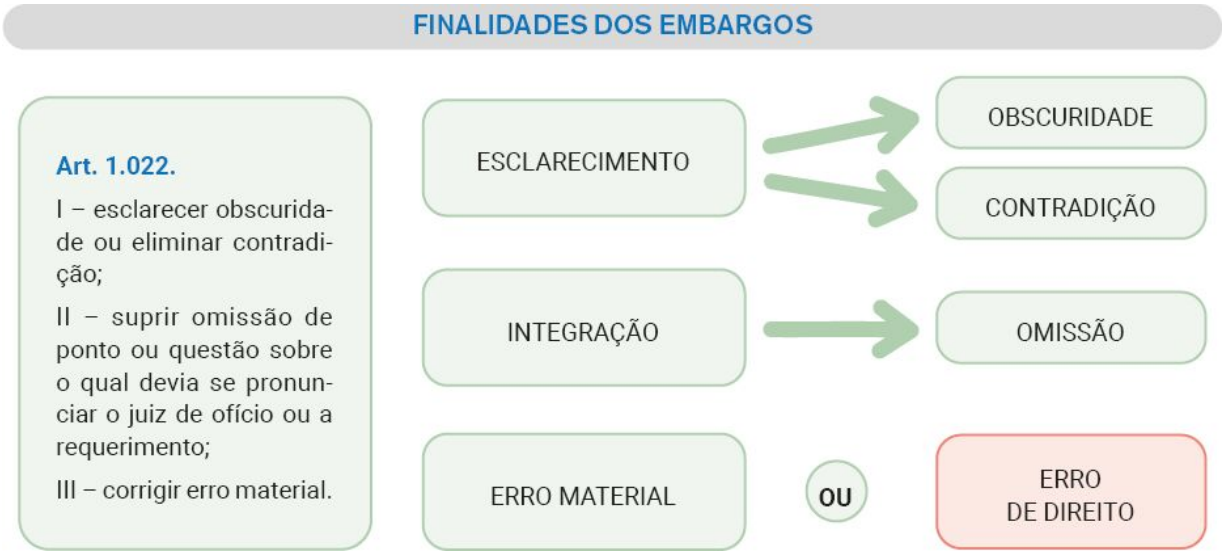
Ainda sobre esse ponto, destaca-se a necessidade de integração por eventual descumprimento da redação do art. 489, § 2º, do CPC, que estabelece o dever de o juiz justificar o objeto e os critérios aplicados no emprego da técnica da ponderação, quando a fundamentação tiver enfrentado a colisão entre princípios (o texto original fala em ponderação de regras, em manifesto equívoco de redação).

Como última finalidade, o legislador trata do erro material. Nesse espectro, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, incluem-se as sentenças *ultra* e *extra petita,* que, por essa razão, admitem oposição dos embargos declaratórios.

Há, também, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a compreensão de que o recurso pode ainda ser usado para a correção do erro de direito, que aqui se apresenta como erro manifesto.

Sobre o tema, eis a lição do Superior Tribunal de Justiça:

> Em caso de ter reconhecido um contrato no pressuposto de que haveria um início de prova escrita, os embargos, que demonstraram só existir no processo prova testemunhal, foram providos para modificar o julgamento de mérito, por ter sido resultado de "erro manifesto" (STJ, EDREsp 255.709/SP, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).



Por conta do art. 1.023 do CPC, afirma-se que os embargos gozam de isenção objetiva, não se sujeitando ao preparo, o que se justifica pela falta de remessa e retorno dos autos, já que os embargos são dirigidos ao mesmo órgão que proferiu a decisão, e, por esse mesmo órgão, são posteriormente julgados.

Pode-se ainda identificar que o prazo para sua oposição, diferindo de todos os outros recursos, será de cinco dias, o que não afasta as hipóteses de contagem em dobro, estudadas em momento anterior deste curso.

Com o fim do prazo para a oposição dos embargos, opera-se a preclusão temporal e, por isso, não será mais possível manejar esse recurso para sanar eventuais vícios que demandem esclarecimento, integração ou erro material.

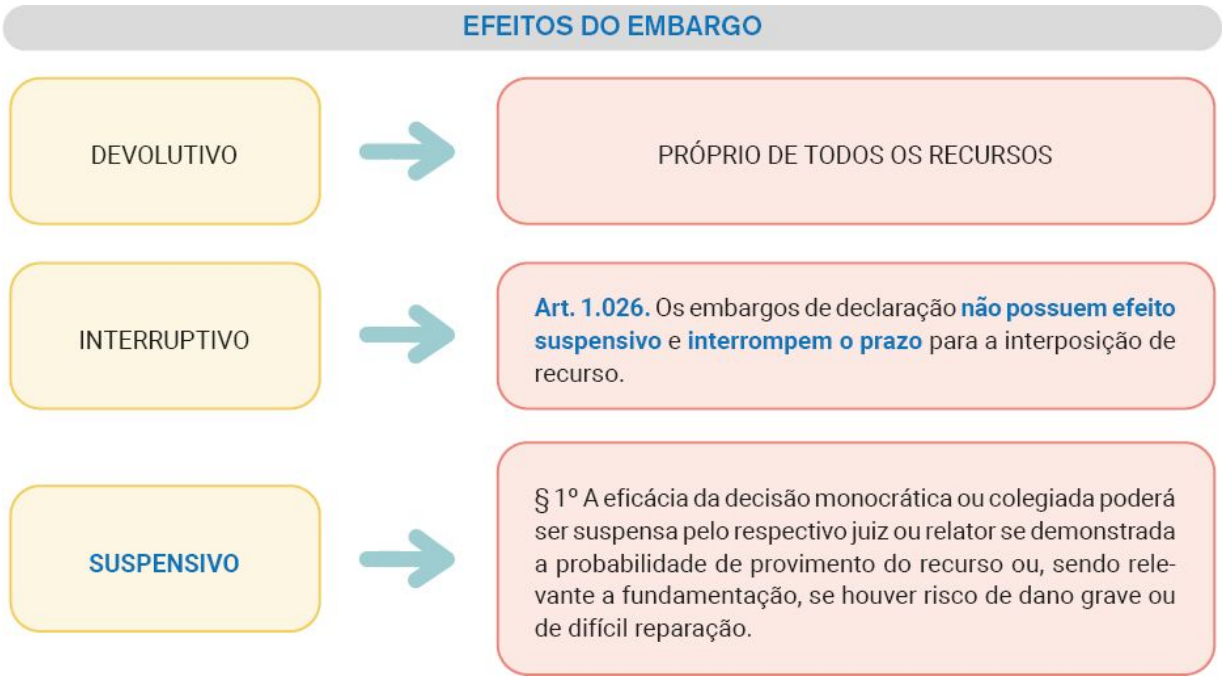
Há, todavia, a possibilidade de esses vícios serem corrigidos por outros recursos, a exemplo da apelação e do agravo de instrumento. Note que a apelação, por exemplo, interposta no prazo de quinze dias, permite que o tribunal competente supra a omissão sobre a fundamentação das decisões judiciais ou mesmo sobre um dos pedidos deduzidos em primeira instância. É dizer, com linhas mais simples: com o fim do prazo recursal, haverá preclusão temporal sobre a possibilidade de manejo dos embargos, mas não haverá, ainda, preclusão sobre a possibilidade de correção dos vícios.

Como todo recurso, os embargos declaratórios possuem efeito devolutivo, o que significa dizer que, por meio desse instrumento, a matéria é transferida para um novo julgamento, que tanto pode ser perante órgão distinto ou, nesse caso, diante do mesmo órgão que proferiu a decisão. Também por isso, incidem aqui a vedação na *reformatio in pejus* e a lição de que não existe pedido implícito no recurso.

Um segundo efeito recursal, próprio dos embargos, é a interrupção do prazo para o oferecimento de outros recursos, cabíveis contra a mesma decisão. Assim, por exemplo, proferida sentença de mérito em desfavor do réu, este, por ter interesse em recorrer da decisão, observa o prazo de quinze dias para interpor a apelação. Se, entretanto, no quinto dia desse prazo o réu opuser embargos declaratórios, essa ação, por si, interromperá o prazo já iniciado de quinze dias, que passará a correr do início, somente após o seu julgamento. Sobre esse efeito, vale o registro de que no âmbito dos Juizados Especiais, hoje, aplica-se o mesmo regime, uma vez que o art. 50 da Lei 9.099/1995 foi alterado pelo art. 1.065 do CPC.

O efeito suspensivo, como se sabe, não é próprio de todos os recursos, mas pode ser atribuído, por requerimento, àqueles que não o detenham. Dito isso, podemos verificar, por disposição expressa do art. 1.026 do CPC, que os embargos declaratórios não possuem tal efeito. Ocorre que o § 1º desse mesmo dispositivo, seguindo lições da teoria geral dos recursos, prevê a possibilidade de o juiz ou o relator suspender a eficácia da decisão embargada, se for demonstrada a possibilidade de provimento do recurso, ou,

sendo relevante a fundamentação, houver risco de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação.

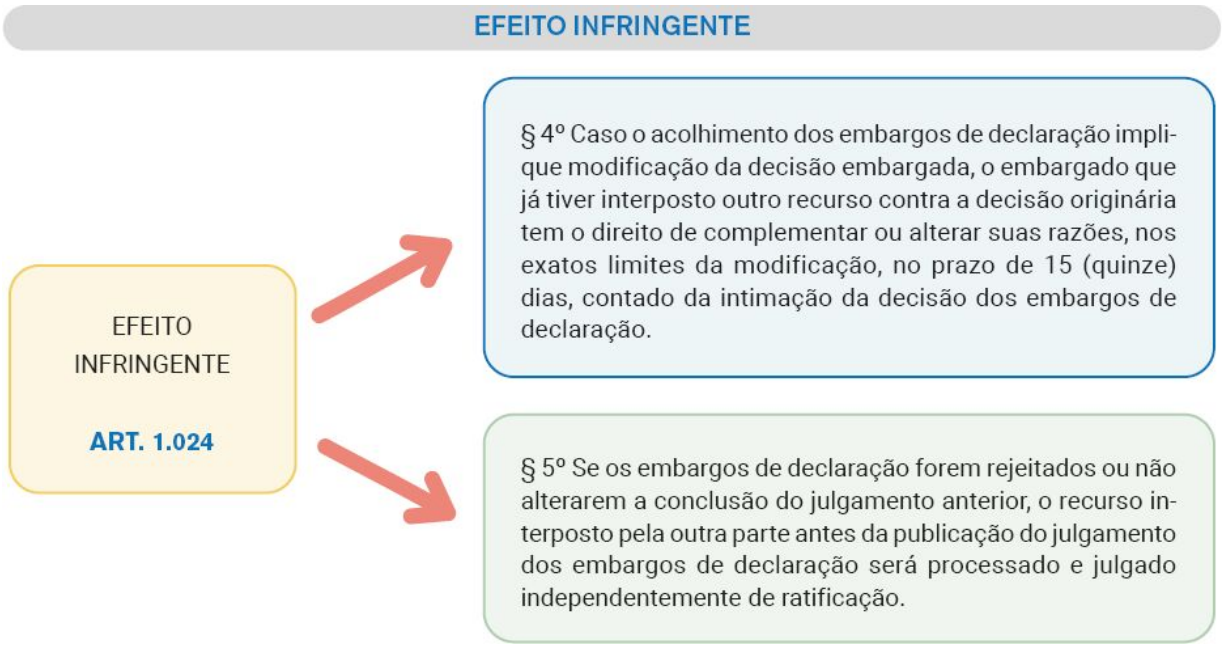


Essa redação, advirta-se, prevê duas hipóteses para a concessão do efeito suspensivo aos embargos declaratórios. A primeira decorre da evidência, traduzida pela probabilidade de provimento do recurso. A segunda, de urgência, evoca a demonstração de risco de dano, decorrente do cumprimento da decisão embargada.

Admite-se, ainda, como efeito dos embargos, o que se convencionou chamar de efeitos infringentes ou modificativos. É certo que, em suas finalidades iniciais, o recurso visa apenas à superação de vícios associados à fundamentação ou à omissão da decisão. Ocorre que, ao julgar o mérito dos embargos, suprindo, por exemplo, uma omissão sobre questão preliminar que implique extinção do processo, pode-se, ao final, alterar o conteúdo da própria decisão embargada, que, até esse momento, julgava o pedido do autor procedente.

Em casos assim, o juiz deve comunicar a parte embargada, intimando-a para possível manifestação sobre os embargos

opostos, no prazo de cinco dias. Esse procedimento para a entrega das contrarrazões, entretanto, só se aplica em caso de possível alteração do conteúdo da decisão, a fim de que seja respeitado o princípio do contraditório.

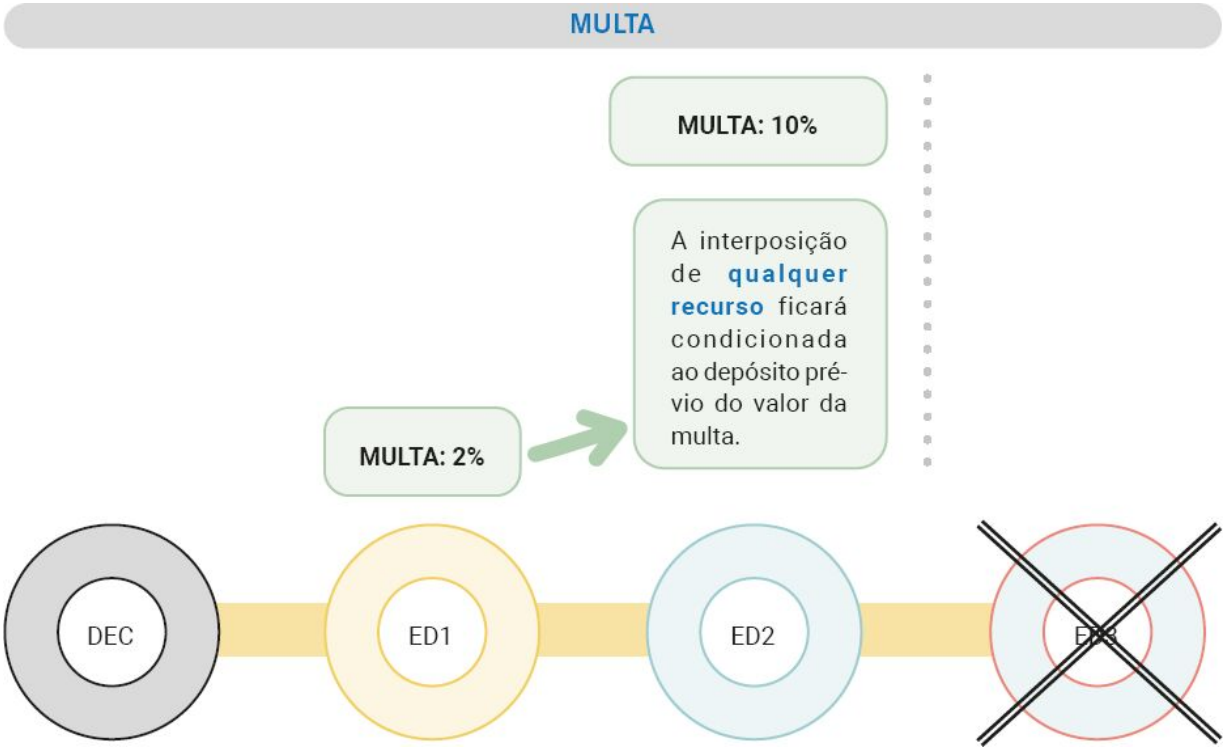


Caso o acolhimento dos embargos implique modificação, o embargado que já tenha interposto outro recurso para combater a decisão originária deve ter assegurada a possibilidade de complementar as razões desse mesmo recurso, de modo que o ajuste permita não somente o juízo de admissibilidade, por decorrência da impugnação específica que aqui pode incluir a parte alterada da decisão.

Vencidos os efeitos dos embargos declaratórios, passamos à análise das sanções previstas para combater seu uso protelatório, eventualmente manejado em função da interrupção do prazo, provocada por sua oposição.

De início, prescreve o legislador que, quando forem manifestamente protelatórios, o magistrado ou o tribunal, por decisão fundamentada, condenarão o embargante ao pagamento de multa não superior a 2% do valor atualizado da causa. Se a conduta se repetir, a multa é elevada para 10% sobre o valor atualizado da

causa, e, dessa vez, seu pagamento será requisito de admissibilidade para o conhecimento de qualquer outro recurso. Ao final, prescreve o Código de Processo Civil, por meio de seu art. 1.026, § 4º, que novos embargos não serão admitidos se os dois anteriores forem considerados protelatórios.



Encerram-se as considerações sobre os embargos de declaração pelo estudo do prequestionamento ficto, hoje regulado pelo art. 1.025 do CPC, que, em verdade, representa um requisito de admissibilidade específico para os assim chamados recursos excepcionas, estudados em páginas posteriores deste curso.

Os recursos excepcionais, dentre outras características, destacam-se pelo maior número de exigências formais, que, como se sabe, devem ser observadas pelo recorrente para assegurar a análise do mérito recursal. Dentre essas exigências está o prequestionamento. Sem ele, o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal recebem um juízo de admissibilidade negativo e sequer serão conhecidos pelas Cortes Superiores.

É preciso, portanto, prequestionar o tema, o que significa dizer que a matéria deve ter sido analisada preliminarmente pelo tribunal ou turma recursal, constando do acórdão recorrido. Se, entretanto, a decisão proferida em última ou única instância pelos tribunais ou turmas recursais for omissa quanto à questão federal ou constitucional, caberá ao recorrente opor embargos declaratórios para provocar manifestação sobre o tema, a fim de prequestionar a matéria e, com isso, assegurar o conhecimento do recurso especial ou extraordinário.

Pode ocorrer de o tribunal ou turma recursal que proferiu a decisão, mesmo recebendo os embargos declaratórios para com isso suprir a omissão, não os conhecer ou julgá-los manifestamente protelatórios, o que implica ausência de prequestionamento, com óbice evidente para o manejo dos recursos excepcionais. Por essa conclusão, pode-se, ainda, aplicar a multa de 2% sobre o valor atualizado da causa. Para superar essa dissonância no sistema recursal, estabelece o art. 1.025 do CPC o que se entende por prequestionamento ficto, ao dispor que: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Com isso, superamos súmulas e jurisprudências defensivas, a exemplo do Enunciado 211 do STJ, que previa ser inadmissível o recurso especial quanto à questão que, mesmo tendo sido objeto dos embargos declaratórios, ao final, não fora apreciada pelo tribunal *a quo.*

Infelizmente, não houve muito tempo para comemorar essa conquista, que afirma a primazia do mérito e facilita o acesso aos tribunais superiores, pois, em já esperada “adaptação darwiniana”, o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do prequestionamento ficto, estabeleceu em sua mais nova jurisprudência, exigência extra, sem nenhum amparo legal, mas que deve ser conhecida, em razão dos fins didáticos desta obra. Segue o voto da Ministra Nancy Andrighi:

A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. (...) (STJ, REsp 1.639.314/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.04.2017).

PREQUESTIONAMENTO

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.



"A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei (...)" (STJ, 3ª T., REsp 1.639.314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.04.2017).

44.5 RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

O recurso ordinário é previsto inicialmente pelos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal. Por lá, o legislador prevê hipóteses de cabimento tanto no Processo Penal como no Processo Civil. Já no CPC, reproduz-se apenas as hipóteses em que o recurso ordinário combate decisões afetas à área cível.

O recurso ordinário constitucional (ROC) é previsto para viabilizar o exercício do duplo grau de jurisdição, nas causas em que a demanda já tramita, originalmente, perante os tribunais, sendo o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, nesses casos, o órgão a exercer a competência derivada ou recursal, sem qualquer das exigências formais dispensadas para os recursos extraordinários, que dentre outros requisitos, já destacados em linhas anteriores, demandam, por exemplo, o prequestionamento da matéria. Trata-se, portanto, de recurso ordinário, com previsão constitucional.

As hipóteses de cabimento são previstas pelo art. 1.027 do CPC, que, por obediência constitucional, nesse ponto, se limita a ratificar o texto hierarquicamente superior, que estabelece, para o STF, o julgamento do recurso ordinário contra os mandados de segurança, o *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única ou última instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão; e, para o STJ, o julgamento do recurso que combata os mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal e territórios, quando denegatória a decisão, e, ainda, quando os processos envolverem, como partes, de uma lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Sem prejuízo dessas disposições específicas, podemos identificar um regime diferenciado para o recurso ordinário. De início, constata-se, pela ausência de previsão legal em sentido contrário, que o recurso não é dotado de efeito suspensivo,

afastando-o, por exemplo da apelação. Isso, entretanto, não impede sua concessão, mediante requerimento, nos termos do art. 1.029, § 5º, do CPC.

Sua admissibilidade, no que se refere à competência do STF para apreciá-lo em casos que envolvam decisões sobre o mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data*, só se afirma quando for denegatória a decisão, caracterizando o que na doutrina se conhece como *secundum eventum litis.* O mesmo raciocínio se estabelece para a primeira das duas hipóteses previstas para julgamento pelo STJ, que o admitirá, somente, quando for denegatória a decisão proferida em Mandado de Segurança.

Tratando-se agora da segunda hipótese ventilada para julgamento pelo STJ, devemos fazer duas observações: a primeira decorre do fato de que as causas que envolvam as partes mencionadas pela lei tramitam perante um juiz federal singular, por conta do art. 109, I, da CF. É dizer: processos que envolvam, por exemplo, Estado estrangeiro de um lado e pessoa residente e domiciliada no país, de outro, tramitam perante uma seção judiciária da Justiça Federal. A segunda observação, não menos importante, ressalta que as decisões proferidas, nesse caso, serão interlocutórias ou sentenças, sendo possível atacar qualquer das interlocutórias por agravo de instrumento, dirigido ao STJ, nas hipóteses do art. 1.015, ou por meio do recurso ordinário constitucional, quando a decisão for uma sentença.

Em quase todas as hipóteses de cabimento previstas pela legislação para o recurso ordinário, a matéria ventilada é constitucional, o que pode gerar dúvidas sobre a possibilidade de, em seu lugar, utilizar-se o recurso extraordinário. Sobre o tema, o STF já havia se pronunciado, pelo Enunciado 272 da Corte: “Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de Mandado de Segurança”.

Em que pese o efeito persuasivo do enunciado, entendemos que uma leitura atualizada do sistema processual, filtrada pelas normas fundamentais da primazia do mérito e da cooperação judicial, consagradas, entre outros dispositivos, pelos arts. 4º, 321, 1.032 e 1.033 do CPC, autoriza conclusões pela superação do entendimento

anterior, permitindo que o recurso extraordinário seja conhecido como recurso ordinário, se a parte, uma vez intimada, efetuar no prazo legal as diligências necessárias para sua conversão.

O regime especial do recurso ordinário, embora lhe assegure o efeito devolutivo, comum a todas as espécies, não lhe atribui efeito suspensivo. Há, todavia, a possibilidade de atribuir-se esse efeito, por requerimento, dirigido ao tribunal superior respectivo, nos termos do art. 1.029, § 5º, do CPC, que aqui se aplica por analogia.

O procedimento dispensado para o ROC é previsto pelo art. 1.028 do CPC, que trata respectivamente do prazo para interposição, do juízo de interposição, da competência para o juízo de admissibilidade, do prazo para as contrarrazões, e, ainda estabelece, com base no regime da apelação, a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura, permitindo que o tribunal decida desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento.

Sobre o prazo, segue a disposição geral dos recursos, que prevê quinze dias para a interposição, com destaque para o cômputo em dias úteis, por tratar-se de prazo processual, o que também se aplica ao prazo das contrarrazões.

Seguindo as lições gerais da matéria, o recurso ordinário é interposto mediante o juízo *a quo*, sendo esse o juízo que proferiu a decisão. Se o objeto do recurso for um acórdão, sua interposição dever ser feita perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal que proferiu a decisão. Se, entretanto, o recurso visar à reforma ou à invalidação de decisões proferidas em causas internacionais, o que, como se disse em linhas anteriores, tramita perante um juiz federal, e que, por essa razão, é resolvido por sentenças e decisões interlocutórias, o recurso ordinário seguirá o procedimento da apelação, caso tenha por objeto a sentença, devendo o recorrente, caso intente reformar ou invalidar as decisões interlocutórias previstas pelo art. 1.015 do CPC, valer-se do agravo de instrumento.

Após sua interposição e a entrega das contrarrazões, o recurso é encaminhado para o respectivo órgão superior, que tanto pode ser o STF como o STJ, independentemente do juízo de admissibilidade. Nesse ponto, adota-se o mesmo regramento da apelação, que,

como se viu, empresta certas etapas de seu procedimento para concluir o regramento do recurso ordinário constitucional.

Recebido pelos tribunais superiores, caso seu juízo de admissibilidade seja positivo, o julgamento do mérito recursal poderá ser feito por maioria ou por unanimidade. Sendo o julgamento realizado por maioria, advirta-se, aqui não incide o procedimento estabelecido pelo art. 942 do CPC previsto exclusivamente para o julgamento não unânime da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória.

44.6 RECURSOS EXCEPCIONAIS

É possível identificarmos duas categorias de recursos no Processo Civil. A primeira, estudada em páginas anteriores, trata de recursos cuja finalidade imediata é provocar a revisão de uma decisão judicial para obter melhora da situação enfrentada no processo. Os recursos excepcionais, por sua vez, almejam proteger as normas jurídicas, sejam as normas constitucionais, por meio do recurso extraordinário, sejam as normas infraconstitucionais, por meio do recurso especial. Nesses casos, o recorrente busca uniformidade na compreensão, interpretação e aplicação do Direito, que apenas de modo reflexo pode lhe permitir situação mais favorável no processo.

Assim, por exemplo, o recorrente pode deduzir em juízo pretensão da correta aplicação constitucional de determinado dispositivo, que aplicado ao caso concreto em que ele figura como parte, lhe permitirá, indiretamente, ganhar a causa.

Para essas espécies de recursos excepcionais, a legislação demanda requisitos de admissibilidade mais rigorosos, que aqui se aplicam aos recursos especial e extraordinário. Primeiro, é didático avaliarmos as disposições comuns, aplicáveis ao recurso especial e ao extraordinário. Em seguida, estudaremos as especificidades de cada um desses recursos, com destaque para as exigências formais, que, como se sabe, atrelam-se ao juízo de admissibilidade. É dizer: há requisitos de admissibilidade extras que são comuns aos

recursos excepcionais, e requisitos ainda mais específicos, que tratam de cada uma dessas duas espécies.

Os requisitos de admissibilidade comuns são sinalizados pela tempestividade, pelo preparo, legitimidade, interesse em recorrer, regularidade formal, e, ainda, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Sobre essas disposições, destaca-se o prazo de quinze dias para a interposição e a necessidade do preparo para um juízo de admissibilidade positivo.

Sobre o prazo dos recursos excepcionais, aplicam-se as disposições gerais acerca do cômputo em dobro, previstas pelos arts. 180, 183, 186 e 229 do CPC. Já no que se refere ao preparo, dispõe a legislação, para ambos os recursos, a exigência do recolhimento, sendo aplicáveis, por essa razão, as disposições sobre a complementação ou o recolhimento em dobro, a fim de assegurar o conhecimento do recurso.

ATENÇÃO

Tratando-se da tempestividade dos recursos excepcionais e da possibilidade de superação de eventuais vícios de admissibilidade, dispõe o art. 1.029, § 3º, do CPC que: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Com relação aos efeitos recursais, registra-se, em ambas as espécies, a devolução, própria de todos os recursos, e a ausência de efeito suspensivo, que pode ser concedido, por requerimento, nos termos do art. 1.029, § 5º, do CPC. Ainda sobre o tema, observa-se que os recursos excepcionais não gozam do efeito translativo, sendo necessário cumprir uma exigência específica, conhecida como prequestionamento, para assegurar o

conhecimento pelo tribunal julgador, ainda quando a matéria verse sobre interesse público.

Excepcionando o princípio da singularidade, admite-se que uma mesma decisão, considerada em seus capítulos, seja atacada, simultaneamente, por um recurso especial e um extraordinário. Para tanto, basta considerar, por exemplo, que o primeiro capítulo viole diretamente a Constituição Federal, enquadrando-se nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e o segundo capítulo viole uma lei federal, nos termos previstos para legitimar a interposição do recurso especial. Nessa situação, o recorrente deverá interpor ambos os recursos, sob pena de preclusão consumativa.

Como requisitos de admissibilidade extras, comuns aos recursos especial e extraordinário, apresenta o legislador: a necessidade de esgotamento das vias recursais ordinárias; que a decisão atacada seja de última ou única instância; a limitação da matéria a ser discutida pelo órgão revisor, que aqui tratará apenas de questões de direito e não mais de questões de fato; e, ainda, que o tema a ser enfrentado pelo julgamento dos recursos excepcionais tenha sido prequestionado antes, nas instâncias inferiores. Vejamos, mais detidamente, cada um desses requisitos de admissibilidade.

Como primeiro requisito de admissibilidade específico dos recursos excepcionais, destaca-se o esgotamento das vias recursais ordinárias. Em termos práticos, isso implica dizer que o RE e o REsp só serão admissíveis depois de esgotadas todas as possibilidades de revisão por meio dos recursos ordinários. Em função disso, não é possível, por exemplo, combater uma sentença, proferida pelo juízo cível de primeira instância, diretamente com um RE, a fim de que a decisão do juiz de primeiro grau seja revista pelo STF, pois antes é necessário esgotar todas as vias ordinárias, que, nesse caso, apontam como primeiro órgão revisor o Tribunal de Justiça Estadual.

Nesse sentido é o enunciado da Súmula 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”. O mesmo raciocínio justifica o enunciado da Súmula 218 do STF, que

diz: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Como segundo requisito de admissibilidade específico dos recursos excepcionais, observa-se a necessidade de que esses recursos sejam interpostos contra decisões de última ou única instância. A imposição se ampara pelos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

É certo que essa exigência se relaciona com o esgotamento das vias, sobretudo no que se refere às decisões de última instância, mas também contempla, como decisões de única instância, aquelas que são proferidas diretamente pelos órgãos superiores. Veja, por exemplo, que uma demanda pode tramitar originariamente no STJ, e, nesse caso, já essa primeira decisão pode ser atacada pelo RE, para o STF.

Deve-se ainda considerar o fato de que o legislador constitucional, ao tratar da competência desses tribunais de superposição, diferencia as hipóteses de admissibilidade dos recursos, reservando para o RE a possibilidade de atacar quaisquer decisões proferidas em última ou única instância, o que inclui as decisões proferidas pelas turmas recursais. Já para o REsp, especifica o constituinte que seu objeto de ataque cuidará somente das decisões de única ou última instância proferidas por tribunais estaduais ou regionais federais, o que significa dizer que tal recurso não será admitido para combater os acórdãos das turmas recursais nos juizados especiais.

Como terceiro requisito de admissibilidade específico, exige o legislador que por essa via recursal só se discutam questões de direito e não mais questões de fato. Já tivemos a oportunidade de sinalizar, com amparo nas lições de Castanheira Neves,[310] a impropriedade dessa divisão, que, mesmo com fins didáticos, comete o equívoco de cindir fato e direito. Todavia, diante da proposta pedagógica deste curso, empregamos aqui as lições consagradas pela doutrina nacional, que, ao encontro da legislação, embasam essa limitação cognitiva na matéria discutível por meio dos recursos excepcionais.

A favor dessa limitação, levantam-se argumentos pela uniformização da interpretação constitucional ou de lei federal, o que se busca alcançar somente pela análise da matéria jurídica. Não cabe recurso especial, por exemplo, para simples reexame de interpretação de cláusula contratual ou para rever o valor emprestado à prova produzida no processo, por serem essas questões de ordem fática. De outro lado, entretanto, admite-se o recurso se a prova tiver sido obtida por meio ilícito ou se o magistrado tiver dispensado prova técnica, diante de uma demanda em que sua produção fosse imposta pela legislação, por tratar-se, aqui, somente de direito.

Note que, por essa linha, a fundamentação dos recursos excepcionais, diferentemente da maioria dos recursos ordinários, não é livre, pois aqui, o recorrente deve arguir a ocorrência de qualquer das hipóteses de cabimento previstas na Constituição, e, ainda, evocar somente a necessidade de afirmar um padrão interpretativo das normas. Sobre o tema, há muitos enunciados consagrados tanto no STJ como no STF, com destaque para as Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Como último requisito de admissibilidade específico, deve o recorrente prequestionar a matéria constitucional ou federal a ser discutida no recurso. Com isso, quer-se dizer que a hipótese ventilada pelo constituinte para cabimento desses recursos deve ter sido ventilada e decidida pelas instâncias ordinárias. A exigência se justifica pela determinação constitucional que, de certa forma, restringe a utilização do recurso especial e do recurso extraordinário para causas já decididas, quer seja por única ou última instância.

Essa exigência é conhecida como prequestionamento, e muito embora não seja regulada diretamente pela legislação, se afirma como consectário lógico de que a causa ventilada no recurso tenha sido já antes decidida. Sobre o tema, há divergência entre o STJ e o STF, cujos entendimentos, ao final, foram consagrados em enunciados de súmulas.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento não demandava apenas ventilação da matéria perante as instâncias

ordinárias, sendo necessário que o tribunal *a quo*, expressamente, se manifestasse sobre a questão federal.

Havendo omissão do tribunal estadual ou federal, a parte deveria opor embargos declaratórios para com isso superar o silêncio da Corte e, assim, assegurar, perante o STJ, um juízo de admissibilidade positivo do recurso especial. Note que tal entendimento foi consagrado pela Súmula 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. Caso o tribunal *a quo* não suprisse a omissão, por entender inadmissíveis ou protelatórios os embargos de declaração, a solução seria interpor um recurso especial, ao argumento de que houve escusa no exercício da função jurisdicional, com evidente violação de norma expressa do Código de Processo Civil, que veda tal comportamento.

Julgado esse recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, o recorrente, poderia, ao final, conseguir uma determinação para que o tribunal de origem se manifestasse sobre a matéria ventilada inicialmente, assegurando o prequestionamento e, com isso, a possibilidade de se manejar, agora, um segundo recurso especial, desta vez, para tratar da matéria federal que desde o início fora arguida pela parte.

Esse entendimento jurisprudencial do STJ, construído na vigência do Código anterior e que, posteriormente, foi sedimentado pela citada Súmula 211, é incompatível com o novo Código de Processo Civil, que hoje, por seu art. 1.025 estabelece: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Com isso, superam-se burocracias inúteis, em favor do adequado, célere e racional exercício da função jurisdicional.

Para o Supremo Tribunal Federal, o prequestionamento, por conta da mesma ordem constitucional de que os recursos excepcionais tratem de causas decididas, entendia necessária a ventilação e sua posterior manifestação das instâncias ordinárias, sendo necessário opor-se os embargos de declaração diante de

eventual omissão no julgamento da matéria. Nesse sentido, segue o enunciado da Súmula 356 do STF: “O ponto omisso da decisão, sobre o que não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Ocorre que, para o Supremo, diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, a mera oposição dos embargos declaratórios já supre o requisito de admissibilidade do recurso, não sendo necessário haver julgamento e a concreta superação da omissão. Fala-se então no prequestionamento ficto, que hoje é consagrado pela legislação e consta do citado art. 1.025 do CPC.

Em que pesem a predileção legislativa pela tese encampada no STF e a previsão expressa do prequestionamento ficto, que como se procurou demonstrar, supera burocracias inúteis, ainda hoje arraigadas a uma jurisprudência defensiva, todo esse esforço se perde diante de uma hermenêutica desatualizada. Dito de outra forma: mesmo diante de uma nova regulamentação, combativa da jurisprudência defensiva, é possível adaptar-se e criar outras barreiras se o intérprete não tiver compromisso com matrizes atualizadas. Repita-se, aqui, o clássico exemplo de “adaptação darwiniana”, já exposto em linhas anteriores, consagrado pelo STJ, em voto sobre o tema:

> A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei (...) (STJ, REsp 1.639.314/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.04.2017).

Com isso, consagramos um requisito extra para a admissibilidade do recurso, sem qualquer previsão legal, em claro exercício defensivo que, pelas razões expostas, renova antigas posturas discricionárias e antidemocráticas.

Ao final, tendo por base as lições do CPC, podemos concluir pela adoção do prequestionamento ficto, que, em certa medida, consagra tese já aplacada pelo STF, com ganhos reais para o acesso à justiça.

44.7 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Vencidas as questões comuns aos recursos excepcionais, passamos a estudar as hipóteses de cabimento do recurso especial, previstas pelo art. 105, III, *a, b* e *c*, da CF. São elas, as decisões que: contrariam tratados ou lei federais, ou negam-lhes vigência; julgam válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e, ainda, as decisões que empregam, à lei federal, interpretação divergente da que tenha sido atribuída por outro tribunal.

A primeira hipótese versa sobre decisão que contraria tratado ou lei federal, ou nega-lhe vigência, sendo essa última, segundo entendimento doutrinário, já abarcada pelo verbo contrariar, que, em seu limite semântico, avança para absorver também as conclusões hermenêuticas inadequadas à nossa tradição jurídica, que, como se sabe, estabelece um marco para identificarmos as respostas corretas no Direito. É dizer: caberá recurso especial quando a decisão afrontar tratados ou leis federais, o que inclui pronunciamentos que lhes negam vigência, e ainda, para combater decisões que atribuam, a esses dispositivos, sentidos inadequados e desprovidos de integridade.

Sobre o tema, é fundamental destacar que a inadequação do resultado interpretativo não decorre de eventual incompatibilidade entre o juízo ordinário e a percepção individual de qualquer dos Ministros do STJ, mas sim de conclusões que, sob a veste da autoridade, afirmam percepções solipsistas em prejuízo da democracia. Do contrário, a inadequação será sempre medida pelo entendimento dos Ministros, que, por essa razão, jamais cometerão erros ou prestarão contas de suas conclusões.

Não se enquadram, nessa primeira hipótese, decisões contrárias às súmulas do Superior Tribunal de Justiça, que, sem prejuízo do efeito persuasivo, destacado pelo estudo dos pronunciamentos judiciais, não se equiparam à lei.

Como segunda hipótese de admissibilidade do recurso, encontram-se decisões que julgam válida lei local contestada em face de lei federal. Em verdade, essa situação já é contemplada pela hipótese anterior, uma vez que ao privilegiar o ato do governo local em detrimento de norma federal, a decisão judicial a estará contrariando.

Por fim, destaca o legislador constitucional ser objeto de ataque do REsp a decisão que der à lei federal interpretação divergente daquela que fora afirmada por outro tribunal. Nesse caso, o recurso serve de instrumento para uniformizar a jurisprudência entre os diversos tribunais da federação acerca de lei federal. Essa divergência jurisprudencial, advirta-se, não deve ser do mesmo tribunal, e pode justificar a admissibilidade do recurso especial ainda quando os tribunais sejam do mesmo Estado.

Nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC, quando o recurso se fundar em dissídio jurisprudencial, o recorrente deve fazer prova da divergência por meio de certidão, cópia ou citação do repositório oficial ou credenciado, podendo, inclusive, reproduzir julgados divergentes que se encontrem na rede mundial de computadores, desde que faça a indicação da respectiva fonte, com a correlata demonstração das circunstâncias que demonstram a semelhança dos casos em confronto.

44.7.1 A relevância como requisitos de admissibilidade para o recurso especial

Aprovada em 13 de julho de 2022, a chamada PEC da relevância alterou o art. 105 da CF, que passa a vigorar com os acréscimos dos parágrafos §§ 1º e 2º, e a renumeração do antigo parágrafo único, que agora segue como parágrafo terceiro. Aqui, cabe uma análise minuciosa da alteração constitucional, que

estabelece mais um requisito de admissibilidade para o recurso especial.

Em decorrência da alteração, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucionais debatidas no caso, a fim de garantir, em conjunto com os demais requisitos, que o juízo de admissibilidade seja positivo. Neste ponto, informa o §1º que o não conhecimento do recurso por ausência de relevância, reclamará manifestação de 2/3 dos membros do órgão competente para o julgamento.

O § 2º, por sua vez, embora não delimite semanticamente a relevância da questão federal, estabelece algumas hipóteses de presunção. São elas: (I) ações penais, (II) ações de improbidade administrativa, nos termos da lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021; (III) ações cujo valor de causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos, (IV) ações que possam gerar inelegibilidade, (V) hipóteses em que o acórdão recorrido contraria a jurisprudência dominante do STJ ou outras hipóteses previstas em lei.

A relevância é exigida somente após a entrada em vigor da emenda constitucional, o que estabelece para a parte a possibilidade de atualizar o valor da causa para adequar sua estratégia recursal às novas regras processuais.

Feitas as considerações didáticas para a apresentação do texto, são necessárias algumas críticas e reflexões sobre o que consideramos ser um desastre anunciado, pela falta de técnica legislativa. De início, destacamos que a existência de filtro para a julgamento de recurso especial não é algo genuinamente nacional, pois muitos outros países adotam medidas para racionalizar o trabalho das cortes superiores o que em tese, fortalece o acesso a uma ordem jurídica mais célere e previsível, mas há, na escolha do critério estabelecido: relevância, uma vagueza semântica que nada contribui para a previsibilidade sistêmica. Em termos práticos, isso implica autocontrole, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, das causas que deverá submeter a julgamento pela interposição do recurso especial, pois caberá a essa mesma corte definir os limites deste requisito de admissibilidade.

Sobre esse ponto, advirta-se, em decorrência do que estabelecemos no início desse curso sobre regras e princípios, que a relevância não é princípio, pois não há densidade teórica ou jurídica que lhe permita um enquadramento dentro de padrões éticos, consagrados democraticamente no espaço público. Sequer temos já estabelecido um norte hermenêutico para balizar a atuação dos advogados que em nome dos jurisdicionados, buscam justiça pela dinâmica recursal. Em termos práticos, ao que parece, o critério da relevância funcionará muito mais como elemento retórico para limitar e supostamente racionalizar a atuação do STJ. Aqui, cabe uma necessária advertência: o reconhecimento da falta de relevância da questão federal implica dizer que a última palavra para o caso concreto caberá às instâncias ordinárias, com o consequente redimensionamento da própria corte da cidadania.

Seguindo-se para a análise das hipóteses de relevância presumida, há muitos outros problemas, em sua maioria decorrentes da falta de critérios para a composição da lista. Veja, por exemplo, que o valor da causa, fixado em quinhentos salários mínimos, não favorece o acesso de quase a totalidade da população brasileira. Por essa via, questões relativas ao Direito das famílias como paternidade afetiva, poliamor e multiparentalidade não seriam debatidos em sede de recurso especial, mas outros temas, como a reparação civil decorrente de um simples acidente com um automóvel de luxo, passariam pelo crivo objetivo da relevância.

Nessa mesma perspectiva, eventuais teses firmadas pelo julgamento dos recursos especiais repetitivos, que seguiram agora em menor número, serviram frequentemente a demandas individuais, de grandes conglomerados e grupos empresariais. De um lado, enfraquecemos as vias do diálogo entre o direito e a faticidade e, de outro, preservamos os enunciados de súmula da corte, que seguem como padrões decisórios vinculantes, nos termos do art. 927, IV do CPC, o que afastará da pauta temas sensíveis ao cidadão.

Na sequência desses entraves jurídicos há também um problema grave de ordem hermenêutica, pois uma das hipóteses de relevância presumida decorre de decisão que contrariar a

jurisprudência dominante do tribunal. Nunca se soube bem o que isso quer dizer. Não se sabe, por exemplo, se a jurisprudência aqui será aquela consolidada pela corte especial ou pelas turmas e mesmo sem essa delimitação, que afeta diretamente a admissibilidade recursal, a emenda entrou em vigor na data de sua publicação, sem qualquer *vacatio* para melhor compreensão da matéria. A preocupação se justifica, afinal, futuros acórdãos que desconsiderarem esse entendimento poderão ser revistos em sede de recursal especial, com possíveis reformas ou invalidações. Por essa razão, entendemos que a exigência da relevância só se aplica mediante sua delimitação, por lei ordinária, nos termos do próprio art. 105, § 2º, da CF.

A implementação de mais um requisito de admissibilidade, por certo vai diminuir consideravelmente o trabalho da corte, o que temos que considerar para a melhoria do próprio sistema de justiça que pelo judiciário, ainda se afirma com destaque, frente aos outros meios de resolução de conflito. Isso, entretanto, não deve afastar o jurisdicionado pois sem ele, pode não haver sujeito para exercer a cidadania, que hoje adjetiva o próprio STJ.

Atento a todos essas observações da doutrina, a corte encaminhou para o Congresso Nacional, em 05 de dezembro de 2022, um anteprojeto para regulamentar a aplicação do filtro da relevância, em termos semelhantes à regulamentação da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, as implicações processuais civis desse novo filtro devem ser compatibilizadas como nosso sistema cooperativo, o que implica atualizar alguns dispositivos do CPC e do próprio regimento interno da corte.

Encerram-se essas primeiras considerações com o enunciado administrativo nº 8 do STJ, que atrela a exigência do filtro a uma futura lei regulamentadora. A atuação se justifica, dentre outros motivos, para preservar a isonomia material já que uma exigência imediata alcançaria decisões publicadas e já combatida por uma das partes, em momento anterior à PEC, retirando-lhe o cumprimento do requisito, ao ponto que o outro recorrente deveria necessariamente

assumir o ônus de demonstrar a relevância da questão federal para assegurar a admissibilidade de seu recurso especial.

44.8 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento previstas pelo art. 102, III, *a, b* e *c*, da CF. São elas: decisões que contrariem diretamente dispositivo da Constituição, que declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, e as que julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

A decisão judicial que contraria a Constituição Federal retrata a primeira hipótese de cabimento do recurso extraordinário. A contrariedade, já se sabe, abarca as decisões que negam vigência, as que afrontam e as que não atribuem aos dispositivos a melhor interpretação, dentro do sistema jurídico calcado pela coerência e integridade.

ATENÇÃO

A contrariedade deve ser direta e frontal, não sendo admissível recurso extraordinário para combater decisões em que a demonstração da violação perpasse por violação de norma infraconstitucional. Nesse sentido, segue o enunciado da Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Seguindo essas lições jurisprudenciais, estabelece o art. 1.033 do CPC: “Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a

ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial."

Com isso, afirmamos os princípios da primazia do mérito e da cooperação, a fim de que eventual discordância quanto à natureza da ofensa ao dispositivo normativo não implique necessariamente juízo negativo de admissibilidade, mas sim conversão do recurso extraordinário em especial.

A segunda hipótese versa sobre decisão que reconheça, nas instâncias ordinárias, a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Sobre isso, fazem-se necessárias duas observações. A primeira refere-se ao fato de que a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando feita em tribunal, deve obedecer à cláusula de reserva de plenário, que ao final, apresentará pronunciamento a ser seguido pelo órgão fracionário, quando do julgamento do mérito recursal, pelas vias ordinárias. Nesse caso, o pronunciamento do órgão fracionário é que pode ser atacado por recurso extraordinário, o que significa dizer que a hipótese ventilada pelo art. 102, III, *b*, da CF, pressupõe aplicação de seu art. 97. A segunda observação serve para destacar que eventual violação da cláusula de reserva de plenário, por parte do tribunal *a quo*, justifica a admissibilidade do recurso extraordinário com base na alínea *a* do art. 102, III, da CF, pois aqui terá ocorrido violação direta à norma constitucional.

A terceira hipótese trata das decisões que julgam válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. A possibilidade de revisão se justifica, pois, nesse caso, o privilégio é feito em subversão da hierarquia das normas. De outro lado, se o acórdão local declara a inconstitucionalidade da lei local, não caberá o RE nem, tampouco, a hipótese seguirá pela cláusula de reserva de plenário prevista pelo citado art. 97 da CF, uma vez que essa cisão no julgamento só se justifica quando o órgão *a quo* reconhece a inconstitucionalidade da norma e não quando a afasta, preservando a ordem constitucional.

A última hipótese prevista para o cabimento do recurso extraordinário se refere aos acórdãos que julgarem válida lei local contestada em face de lei federal. A redação foi deslocada do art. 105, III, para o art. 102, III, pela Emenda Constitucional 45/2004, atribuindo ao STF a competência para julgá-la. A mudança, de fato, se justifica, uma vez que inexiste hierarquia entre leis federais e estaduais. Eventuais conflitos entre elas ofendem diretamente, em verdade, as determinações constitucionais sobre a competência, previstas entre os arts. 22 e 24 da CF e que, por essa razão, autorizam a interposição do RE.

44.8.1 Repercussão geral como requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário

Inserida pela Emenda Constitucional 45/2004, a repercussão geral, foi inicialmente prevista pelo art. 102, § 3º, da CF, e, posteriormente, regulada entre os arts. 323 e 325 do regimento interno do STF e pelo art. 1.035 do CPC. A finalidade deliberada desse requisito de admissibilidade é reduzir o número de recursos extraordinários, ao argumento de que assim poderá o STF melhor desempenhar seu papel institucional de guardião da Constituição Federal.

Partindo-se do art. 102, § 3º, da CF, podemos constatar que a demonstração da repercussão geral pelo recorrente é condição de possibilidade para o conhecimento do recurso. Seguindo pelo art. 1.035, § 1º, do CPC, percebemos o emprego de termos extremamente vagos para sua delimitação, *verbis:* “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

Considerando que tal delimitação semântica acerca do que é relevante sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico cabe ao Supremo Tribunal Federal, é possível concluir pela impossibilidade de este cometer qualquer equívoco ao tratar do tema. A exceção fica por conta do acórdão recorrido que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF ou que tiver

reconhecido tratado ou lei federal, nos termos do citado art. 97 da CF, quando então se presume a repercussão geral.

A inexistência de repercussão geral, já se sabe, implica juízo negativo de admissibilidade, e deve ser afirmada por, ao menos, oito Ministros do STF. Com isso, é possível que o recurso seja conhecido mesmo quando pautado pelo entendimento minoritário da Corte.

É certo que a apreciação da repercussão geral é feita exclusivamente pelo Ministro do Supremo, cabendo ao relator admitir, na análise desse requisito específico de admissibilidade, a participação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos previstos pelo regimento interno da Corte.

Uma vez reconhecida a repercussão, o relator determinará a suspensão do processamento de todos os demais processos pendentes, sejam eles individuais ou coletivos, que tratem da questão e tramitem no território nacional. A essa determinação procedimental, correlaciona-se o princípio do contraditório, a fim de assegurar que o interessado possa requerer ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que exclua dessa afetação, e do consequente sobrestamento, o processo em que o recurso extraordinário tenha sido interposto fora do prazo, que nesse caso, demandará intimação do recorrente para manifestação sobre o requerimento, no prazo de cinco dias. Tanto para a decisão que indefere o requerimento fundado no recurso intempestivo, quanto para decisão que aplica o entendimento firmado no regime da repercussão geral, cabe agravo interno.

Se a repercussão for negada pelo STF, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem, em corolário, negará seguimento a todos os recursos extraordinários sobrestados nessa instância ordinária, que tratem de matéria idêntica. De outro lado, sendo reconhecida a repercussão, o recurso deve ser julgado em até um ano, tendo preferência sobre os demais feitos da Corte, com exceção das questões que envolvam réu preso ou *habeas corpus*.

A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata e deverá ser publicada no *Diário Oficial*, valendo como acórdão. Sendo esse acórdão desrespeitado pelas instâncias inferiores,

desde que esgotadas as vias recursais ordinárias, caberá reclamação, nos termos do art. 988, § 5º, do CPC.

44.9 RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS REPETITIVOS

A multiplicidade da vida sempre se reflete no Direito. Por muitos anos negamos o amplo acesso do jurisdicionado à justiça, que, mesmo amparado pela legalidade e pela ordem constitucional, consagrada em seu art. 5º, XXXV, deixava de considerar a identidade da demanda. Aos poucos, fomos superando as dificuldades de ordem material e passamos a oferecer: assistência judiciária gratuita, defensoria, ritos especiais, juizados e mesmo um regime processual adequado às especificidades de cada demanda. De um lado, esse acesso multiplicou as teses evocadas em juízo, mas de outro, trouxe também muitas demandas com a mesma tese jurídica e que, por razões afetas à coerência, devem ter respostas semelhantes também aqui, na seara recursal.

Já investimos em súmulas vinculantes, recursos repetitivos no STJ (consagrados pelo art. 543-C do Código anterior), no indeferimento liminar da inicial pautado pela existência de pronunciamento vinculante, e, agora, tratamos de um procedimento, previsto entre os arts. 1.036 e 1.039 do CPC, para melhor equacionar e racionalizar a resposta judicial perante múltiplos recursos especiais e extraordinários que hoje tramitam nas Cortes superiores, a fim de lhes emprestar certa uniformidade na conclusão judicial.

Sobre o tema, preleciona o art. 1.036 do CPC que: havendo multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento diferenciado, que, com observância dos regimentos internos do STF e do STJ, e dos citados artigos do CPC, servirá para imprimir racionalidade ao julgamento, que, ao final, permitirá única análise sobre a questão ventilada com resultado vinculante para os julgamentos posteriores.

Considerando que os recursos excepcionais são interpostos perante o juízo *a quo*, determina o legislador, pelo 1.036, § 1º, do CPC, que o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará ao menos dois recursos representativos da controvérsia e os encaminhará ao STF ou ao STJ para fins de afetação. Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham argumentação abrangente e discussão sobre a questão a ser decidida pelas Cortes superiores.

Uma vez selecionados os recursos representativos, o relator do tribunal determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que, ao final do julgamento, podem ser afetados e seguir a mesma orientação firmada pelas Cortes superiores, sendo possível a ele, requisitar aos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais de justiça regionais federais ou estaduais, a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Trata-se de julgamento feito sobre uma margem pequena de recursos, cuja afetação serve para identificar o paradigma e, com isso, vincular os demais julgamentos correlatos, em território nacional.

A determinação da suspensão dos processos afetados é obrigatória, e observa prazo de um ano para julgamento, que pode ser prorrogado, por decisão fundamentada do relator.

Em decorrência da técnica empregada para o julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, e dos efeitos vinculantes de sua conclusão sobre os casos afetados, o contraditório, compreendido como influência e não surpresa, legitima duas etapas procedimentais do julgamento. A primeira, prevista pelo art. 1.037, §§ 8º e 9º, do CPC, estabelece que as partes devem ser intimadas da suspensão de seu processo, a ser proferida pelo juiz ou relator quando informado da decisão de afetação. A segunda assegura às partes a possibilidade de demonstrar a existência de distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser resolvida pelo julgamento do recurso especial ou extraordinário repetitivo, a fim de que seu processo possa seguir sem qualquer sobrestamento.

Esse último requerimento, para a retomada da marcha processual, deve ser dirigido ao magistrado, se a demanda estiver

tramitando em primeiro grau; ao relator, se o processo já estiver no tribunal de origem; ao relator do acórdão recorrido, se o recurso especial ou extraordinário for sobrestado no tribunal de origem; ou, ainda, ao relator do tribunal superior, de recurso especial ou extraordinário, cujo trâmite tenha sido sobrestado.

Conforme seja o destinatário do requerimento para a retomada do processo, a decisão por ele proferida será recorrida: por agravo de instrumento ou agravo interno. O primeiro recurso se interpõe para combater decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, sendo o agravo interno o recurso cabível para combater o pronunciamento do relator.

Com respaldo no art. 1.038 do CPC, o relator poderá solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, entidades ou órgãos com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e as disposições do regimento interno do tribunal. Pode, ainda, fixar data para a realização de uma audiência pública, em que será possível ouvir depoimentos e relatos de pessoas com experiência na matéria objeto da controvérsia, e que, por essa razão, podem colaborar com a instrução processual, na condição de *amicus curiae*; e requisitar informações aos tribunais inferiores.

Encerradas essas eventuais diligências, o Ministério Público será intimado para se manifestar no prazo de quinze dias. Transcorrido esse lapso temporal, uma cópia do relatório será remetida aos demais Ministros e haverá inclusão em pauta, para julgamento.

Realizado o julgamento, o acórdão paradigma será publicado e os presidentes ou vice-presidentes dos tribunais de origem negarão seguimento aos recursos especiais ou extraordinários até então sobrestados, se a orientação dessa Corte coincidir com a do tribunal superior. De outro lado, deverá o órgão que prolatou o acórdão recorrido reexaminar o processo cuja decisão foi proferida, seja ela em reexame necessário, em processo de sua competência originária, ou, recursal, para adequá-lo à orientação dos tribunais superiores.

A parte poderá desistir da demanda que tramita no primeiro grau de jurisdição até a prolação da sentença, se a questão ventilada na demanda for idêntica àquela já resolvida pelo julgamento dos

recursos especiais e extraordinários repetitivos, o que se afirma sem a necessidade de consentimento do réu.

44.10 AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os recursos excepcionais, aqui compreendidos como recurso especial e extraordinário, já se sabe, são interpostos perante o juízo *a quo*, que, pelo esgotamento das vias, em quase todos os casos (a ressalva é feita para as turmas recursais dos juizados especiais, no caso de RE), reside num tribunal. Sabe-se também que esses recursos são dirigidos aos respectivos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais de origem, que, em prévio juízo de admissibilidade, podem não os conhecer.

Para essa decisão monocrática que inadmite qualquer dos recursos excepcionais, prevê o legislador, pelos arts. 1.042 e 1.043 do CPC, a possibilidade de revisão, por meio de um agravo em recurso especial (AResp) e em recurso extraordinário (ARE). Esses agravos tem suas hipóteses de cabimento limitadas ao juízo negativo de admissibilidade e não se confundem com o agravo interno, regulado pelo art. 1.021 do CPC.

Em razão da proposta didática deste curso, cabe aqui uma breve comparação destas espécies recursais, para melhor compreensão da matéria, o que nos leva ao art. 1.030 do CPC. Por lá, o legislador estabelece que uma vez recebida a petição do recurso especial ou extraordinário pela secretaria do respectivo tribunal de origem, será o recorrido intimado para em 15 dias apresentar as contrarrazões, sendo os autos remetidos, ao final, para o presidente ou vice-presidente do tribunal que, a partir desse momento, por decisão monocrática, deverá concluir por uma das hipóteses estudadas a seguir.

A primeira decisão, pela ordem lógica do texto, implica negar seguimento, seja porque o recurso extraordinário tenha já reconhecida a ausência de repercussão ou porque este mesmo recurso combate um acórdão do tribunal que segue o entendimento

Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão. Perceba que em ambos os casos o juízo de admissibilidade negativo exercido pelo tribunal de origem se justifica pelo imediato cumprimento das diretrizes constitucionais. É dizer: em ambos os casos o tribunal de origem segue a orientação do STF.[311]

Pode-se ainda negar seguimento ao recurso extraordinário ou ao recurso especial quando o acórdão combatido por eles estiver em conformidade com um entendimento já consagrado em julgamento de recursos repetitivos. Aqui, o juízo de admissibilidade negativo se justifica pelo fato de a decisão atacada simplesmente reproduzir um precedente vinculante, estabelecido pelo regimento do julgamento de causas repetitivas. Observe que novamente o tribunal de origem segue as diretrizes das cortes superiores. Nestes casos caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC, o que significa dizer que eventual divergência, aqui, não autoriza o envio do processo para as cortes superiores.

Uma segunda possibilidade decorre do descumprimento de precedente vinculante, exarado pelo regime dos repetitivos ou de orientação firmada em repercussão geral. Em casos assim, ao contrário do que se espera de um sistema pautado pela confiança e segurança jurídica, o acórdão exarado pelo tribunal de origem se afirma em sentido contrário àquele estabelecido pelas cortes superiores. Vale relembrar, como exemplo, a resistência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que por uma de suas turmas decidiu não aplicar precedente firmado pela Corte Especial do STJ no julgamento de repetitivos sobre a fixação dos honorários advocatícios, entre 10% e 20%, para as demandas de elevado valor; aplicando em sua decisão o critério subjetivo da equidade.

Em casos assim a interposição do recurso excepcional possibilita que o presidente ou o vice encaminhem o processo ao órgão julgador deste mesmo tribunal para um eventual juízo de retratação. Havendo retratação e a consequente observância das diretrizes firmadas por repetitivo ou repercussão geral, o recurso interposto para combater o acórdão restará prejudicado, do contrário, será ele encaminhado para as cortes superiores com chances expressivas de provimento.

Uma terceira possibilidade pode ocorrer: o sobrestamento do recurso excepcional interposto, por entender o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem que o tema versa sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não resolvida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Esta hipótese desafia a interposição do agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC, sendo a questão resolvida por julgamento do mesmo juízo.

Uma quarta possibilidade pode surgir: ser o recurso excepcional eleito por decisão monocrática do presidente ou de seu vice, como representativo da controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do art. 1.036, § 6º, do CPC. Isto significa dizer que o recurso eleito apresenta abrangente fundamentação e pertinente argumentação, sendo com isso capaz de demonstrar os elementos necessários para o debate e posterior fixação de uma tese vinculante. Perceba que, nesta hipótese, o juízo de admissibilidade é positivo, o que afasta a necessidade de qualquer dos agravos.

Por fim, temos a decisão monocrática pautada pelos outros requisitos de admissibilidade estudados neste curso, tais como a comprovação do preparo ou a tempestividade. Com bases nestas exigências formais, se a decisão for positiva, o recurso excepcional será encaminhado para a respectiva corte superior, desde que observe os seguintes critérios: (i) que o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime da repercussão geral ou ao regime dos repetitivos, (ii) que o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia e, por fim, (iii) que o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação, já que a existência dela, como dito em linhas anteriores, implica perda de objeto. Sendo negativa a decisão de admissibilidade, caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042 do CPC.

Retomando-se a lição de que aos recursos especial e extraordinário abre-se uma exceção ao princípio da singularidade e de que, por essa razão, um mesmo acórdão pode ser atacado simultaneamente, caso ambos os recursos tenham juízo negativo de admissibilidade pelo tribunal de origem, o recorrente deverá interpor um agravo para cada decisão monocrática que implique não conhecimento do recurso.

Nas Cortes superiores, o agravo poderá: não ser conhecido; ser conhecido, mas improvido; e, ainda, ser conhecido e provido, pelo relator. Em qualquer dessas hipóteses, caberá agravo interno, no prazo de quinze dias.

44.11 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência se afirmam como espécie recursal, cuja finalidade é uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Essa divergência, presente no seio dos tribunais, também é conhecida como divergência *intra muros,* que, já em dispositivos anteriores, é sinalizada e combatida pelo legislador, com a imposição, feita aos tribunais pelo art. 926 do CPC, para conservarem sua jurisprudências pelas vias da coerência e da integridade. Essa necessidade de uniformização é ainda mais flagrante nas Cortes superiores, que, por sua relevância e dimensão, justificam uma espécie recursal própria para essa finalidade.

Os embargos têm duas hipóteses de cabimento, ambas atreladas às Cortes superiores e previstas pelo art. 1.043 do CPC, quando o acórdão de órgão fracionário: “(I) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; (II) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia”.

É preciso, portanto, que o julgamento tenha sido proferido por órgão fracionário do STF ou do STJ, e, ainda, que esse julgamento tenha sido feito em recurso especial ou extraordinário.

A divergência pode decorrer de questões atreladas à admissibilidade dos recursos excepcionais ou aos seus respectivos méritos, e, por força do art. 1.043 do CPC, é até mesmo possível que a divergência se estabeleça entre um acórdão em que a

admissibilidade do recurso foi negada, e um outro, sobre o mérito recursal. Admitem-se os embargos ainda quando o julgamento do acórdão recorrido não tenha sido unânime.

A interposição dos embargos deve ser feita no prazo de quinze dias, contados da publicação da decisão embargada, sendo esse também o prazo para o oferecimento das contrarrazões. A petição do recurso deve vir acompanhada de prova da divergência, o que se faz por meio de certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciamento de jurisprudência, incluindo-se aí a mídia eletrônica na qual foi publicado o acórdão divergente. Admite-se também a reprodução de julgado ventilado na rede mundial de computadores, desde que a fonte seja sinalizada.

No Superior Tribunal de Justiça, a interposição dos embargos interrompe o prazo para a interposição de recurso extraordinário, por qualquer das partes, e se a divergência for entre turmas de seções distintas ou entre uma seção ou turma, com a Corte Especial, o julgamento será realizado perante a Corte Especial.

No Supremo Tribunal Federal, o procedimento é disciplinado entre os arts. 330 e 336 do seu regimento interno, sendo o julgamento do recurso realizado pelo plenário da Corte.

[310] NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

[311] Com o advento de um novo filtro de admissibilidade: a relevância da questão federal no recurso especial, procedimento semelhante deve ser inserido no CPC pela regulamentação da EC 125/2022. Em termos práticos, isso significa dizer que, nos tribunais de origem, em breve teremos mais uma hipótese de inadmissibilidade por decisão monocrática, desta vez atrelada a entendimentos do STJ.



ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil.* 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Notas sobre o foro de eleição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 99, 2001.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* Da definição à ampliação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1994. (Quarta Série.)

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.

_____. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

_____. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (Primeira Série.)

_____. *O novo processo civil brasileiro:* exposição sistemática do procedimento. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os poderes do Juiz na direção e na instrução do Processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1989. (Quarta série.)

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 2004. (Oitava série.)

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Oitava série.)

BARCELLOS, Ana Paula de. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan.-fev.-mar. 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: LACOMBE, Margarida (org.). *1988-1998:* uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BIZARRIA, Juliana. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: RT, 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. I.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1996.
BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
_____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.* Campinas: LZN, 2005.
CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. I.
_____. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I.
_____. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I.
_____. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. I.
_____. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.
_____. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.
_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
_____; _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. reimpr. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____ (coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano.* Buenos Aires: Ejea, 1957.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999.

DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil.* 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 215, 2011.

_____. *Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo CPC*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A prova civil.* 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. As três figuras da liquidação de sentença. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

_____. *Litisconsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Júlia. O árbitro e as normas criadas judicialmente: notas sobre a sujeição do árbitro à súmula vinculante e ao precedente. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Taking rights seriously*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPIÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 8, n. 3, 3º quadrimestre de 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil* – parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

_____. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 1.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito*: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil.* São Paulo: RT, 2002. v. I.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: RT, 1972.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil.* 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of case. *The Moderny Law Review*, v. 22, n. 2, march 1959. p. 117-124. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1959.tb02164.x p. Acesso em: 2 ago. 2022.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1998.

_____; _____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *A inclusão do outro* – estudos de uma teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário 84.)

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. La modernidad: un proyecto inacabado. In: HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Trad. Ramón García Cotarelo. Barcelona: Ediciones Península, 1988.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; revisão da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1987.

KELSEN, Hans. *Positivismo jurídico.* 5. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I.

LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006.

MACHADO NETO, A. L. A lógica deôntica de Kelsen e Cossio. *Scientia Iuridica*, nov.-dez. 1971.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova.* Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado.* São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____; _____. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005.

_____; _____. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; _____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016. p 187-189.

_____; _____. *A ética dos precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. E-book.

_____; _____; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil.* 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades de direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 9-34, jul./set. 2000.

_____. *Teoria do fato jurídico*: plano de existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
MELO, José Eduardo Soares de. *Interpretação e integração da legislação tributária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal.* Campinas: Bookseller, 2008.
MONTENEGRO FILHO, Misael. *CPC comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
_____. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. I.
MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Brasília: UnB, 1995.
MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Constituição e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.
_____; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.
NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
NOVAIS, Rafael. *Direito tributário facilitado.* 3. ed. São Paulo: Método, 2018.
NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (coord.). *A nova execução*: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
PASSOS, J. J. Calmon de. Ação. In: VV.AA. *Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. I.

_____. Democracia, participação e processo. In: PASSOS, J. J. Calmon de. *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1998.
_____. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
_____ (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
_____ (coord.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Segunda Série.)
QUEIROZ, Cristiana. Direitos fundamentais sociais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
RIBEIRO, Marcelo. *A perspectiva hermenêutica do direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russell, 2006.
SANDER, Frank J. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russel R. *The pound conference*: perspectives of justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.
_____. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil.* São Paulo: RT, 1997.

_____; _____. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Rosalina Freitas Martins de. *Por uma função jurisdicional adequada*: proposta de releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Curitiba: Appris, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ* – Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: <http://www.univali.br/periódicos>.

_____. *Hermenêutica e jurisdição* – diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>.

_____. *O pamprincipiologismo e a flambagem do direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>.

_____. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; ABBOUD, George. *O que é isto* – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil*: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; MORAIS, José Luiz de. *Ciência política & teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverde Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em: 6 jul. 2011.

TARUFFO, Michele. Unálternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. *RePro* 152, ano 32. São Paulo: RT, out. 2007, p. 319-331.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CP*: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: RT, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direitos reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977. v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil.* 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. I.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases:* a course of instruction. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. I.