TEORIA GERAL *do* PROCESSO CONTEMPORÂNEO

ANDRÉ **PAGANI** DE SOUZA
ANDREA BOARI **CARACIOLA**
CARLOS AUGUSTO DE **ASSIS**
LUÍS EDUARDO SIMARDI **FERNANDES**
LUIZ **DELLORE**

2ª *edição* | revista, atualizada e ampliada

De acordo com o Novo **CPC** *e a* **Lei 13.363/2016**

Com videos dos temas mais relevantes

Inclui material **EXCLUSIVO** *para* **PROFESSOR**

gen | atlas

TEORIA GERAL
do PROCESSO
CONTEMPORÂNEO

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

TEORIA GERAL *do* PROCESSO CONTEMPORÂNEO

ANDRÉ **PAGANI** DE SOUZA
ANDREA BOARI **CARACIOLA**
CARLOS AUGUSTO **DE ASSIS**
LUÍS EDUARDO SIMARDI **FERNANDES**
LUIZ **DELLORE**



2ª *edição* | revista, atualizada e ampliada

gen | atlas

■ A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2017 by
EDITORA ATLAS LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770
faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

■ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).
Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ Capa: Danilo Oliveira

■ Produção Digital: Equiretech

■ Fechamento desta edição: 06.03.2017

■ DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

S713t

Dellore, Luiz

Teoria geral do processo contemporâneo / Luiz Dellore et al. – 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Atlas, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-97-01137-1

1. Processo civil – Brasil. 2. Direito processual civil – Brasil. I. Título.

16-30742 CDU: 347.91./95(81)

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pela minha formação;
A meus irmãos e amigos, pela alegria do convívio;
A minha esposa, pela partilha de vida;
A meu filho, pela esperança no futuro;
A meus mestres, pelo exemplo e pela dedicação;
A meus alunos, pelo estímulo em continuar;
A Deus, por tudo.

Carlos Augusto de Assis

Agradeço o honroso convite formulado pelos demais autores para participar deste livro, com os quais tenho o privilégio de compartilhar diariamente a rica experiência de exercer atividade docente na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Também, agradeço à minha família pela compreensão nos momentos de ausência. Por fim, agradeço a Deus, por tudo.

André Pagani de Souza

Agradeço aos meus pais e à minha irmã, meus maiores incentivadores e cúmplices na jornada na vida. Agradeço aos coautores da presente obra, amigos e parceiros que me levam a olhar o processo com olhos de descoberta a cada reflexão conjunta. Agradeço aos meus irmãos de alma, Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci e Wilson Gianullo, presentes em todos os momentos de minha vida. Agradeço aos meus alunos, os que por mim já passaram e aos que ainda virão. A Deus, por permitir mais esta conquista, que, muito além de pessoal, espero que possa ensejar uma contribuição

social.

Andrea Boari Caraciola

Agradeço aos demais coautores, pela rica convivência na Universidade Presbiteriana Mackenzie e pela oportunidade de participar da presente obra. Agradeço aos meus filhos, à minha esposa e aos meus pais, pelo apoio e pelo incentivo em todos os momentos. Agradeço aos meus alunos, pela amizade e pelo estímulo.

Luís Eduardo Simardi Fernandes

Agradeço aos meus pais, pela educação, pelo apoio e por possibilitarem minha formação. À Daniela e ao Leonardo, pela compreensão nos momentos de ausência e pela força para seguir em frente. Aos coautores, pela amizade, pelos ricos debates processuais e pela possibilidade de sempre aprender mais (e, também, pelas divergências!). Aos alunos, pelo estímulo para lecionar e por motivarem esta obra. A Deus todo-poderoso, sem o qual nada existiria; sem dúvidas, “até aqui nos ajudou o Senhor” (I Samuel, 7:12).

Luiz Dellore

APRESENTAÇÃO

Escrever um livro de Teoria Geral do Processo é desafiador. Aquele que se dispõe a empreender tal tarefa deve estar ciente de que tem de cumprir algumas exigências não facilmente conciliáveis. De um lado, não pode se exceder na complexidade, pois tem como seus principais destinatários aqueles que estão se iniciando no estudo do Processo Civil. O livro deve encantá-los com a beleza do processo, e não os afastar em função de suas dificuldades. De outro, não pode se limitar a superficialidades, sob pena de sua utilidade ficar muito reduzida. A Teoria Geral, bem sabem os que se dedicam ao Processo Civil, envolve temas de alta indagação, nem sempre pacificados na doutrina, que servirão de base para a solução dos problemas em todos os setores da disciplina. Em outras palavras, um livro de Teoria Geral do Processo Civil deve servir não só ao aprendiz, mas, também, ao já iniciado e ao profissional militante.

Muitos anos de magistério em Processo Civil estão aqui reunidos visando compatibilizar essas exigências quase inconciliáveis: a de ser suficientemente didático para o iniciante e não ser superficial, de modo a ser útil também àquele que precisa de maior profundidade. Como se pretendeu atingir esse objetivo? Agindo, como diz a sabedoria popular: “mingau quente se come pelas beiradas”.

De fato, a preocupação dos capítulos iniciais (“as beiradas”) foi, primeiro, fazer o leitor ver a razão da existência do Processo Civil, tratando do litígio e de suas formas de solução, para, depois, contrapor as diferenças entre direito processual e direito material. Completa a ideia um detalhamento maior sobre o conceito e o posicionamento do processo dentro da Ciência do Direito e, em seguida, com a apresentação da evolução histórica do Processo Civil. O conhecimento do passado nos permite entender melhor o presente e divisar com mais precisão o futuro. Reputamos, portanto, essencial explicar

ao leitor como o Processo Civil brasileiro se desenvolveu, desde as raízes romanas. Um item especialmente dedicado ao CPC de 2015 é particularmente revelador do momento em que vivemos no campo desta matéria.

Após ter saboreado as “beiradas”, o leitor já terá começado a tomar gosto pelo Processo Civil. É tempo de começar a se aprofundar um pouco mais. Para tanto, nada melhor que começar pelos princípios da matéria. Todo o edifício do Processo Civil será construído a partir dessas vigas mestras. Aquele que compreender adequadamente seus princípios terá dado um gigantesco passo para conhecê-lo em todos os seus delicados meandros. Nesse sentido, procuramos apresentar extensa relação dos princípios processuais, abordando-os de acordo com uma visão contemporânea.

Fixadas, assim, as premissas do Processo Civil, e após a necessária abordagem de temas de teoria geral do direito sob a perspectiva do processo (interpretação da lei, eficácia no espaço e tempo), partimos para o estudo dos institutos fundamentais. Para tanto, nos valemos da didática identificação de quatro deles: jurisdição, ação, defesa e processo. Todos os temas em Processo Civil estão vinculados de modo particular a um desses institutos fundamentais.

Desse modo, ao tratarmos da jurisdição, além de aspectos conceituais e classificatórios, abordamos os meios não judiciais de solução de litígios (conciliação, mediação e arbitragem), os limites da jurisdição, a cooperação judiciária, a organização judiciária e a competência. Igualmente, ao tratarmos da ação, discorremos não apenas sobre conceito e natureza jurídica, mas, também, sobre elementos da ação, estabilização da demanda, classificação das ações e condições da ação. Logo, no capítulo subsequente, a visão da defesa no seu aspecto conceitual e classificatório é também abordada. Encerramos o exame dos institutos fundamentais com o processo. Nesse passo, são vários os temas considerados. Após a análise de conceito, natureza jurídica e pressupostos processuais, avançamos para o estudo dos sujeitos do processo, principais e secundários, regime financeiro do processo, litisconsórcio, intervenção de terceiros, procedimentos, atos processuais e, finalmente, um capítulo é dedicado à formação, suspensão e extinção do processo.

Procuramos, na medida do possível, subdividir em itens e subitens os diversos aspectos de cada tema abordado. Assim, o professor que pretender utilizar este livro como manual da disciplina poderá eventualmente optar por

suprimir o exame de algum item ou subitem que envolva aprofundamento maior, de acordo com a disponibilidade de tempo que a carga horária lhe permitir.

Finalmente, uma palavra sobre a contemporaneidade deste livro de Teoria Geral do Processo Civil. Vivemos uma época especial na nossa disciplina em função de um Novo Código de Processo Civil, publicado em março de 2015 e em vigor a partir de março de 2016, já com duas leis alterando o texto original. É tempo de refletir. Este livro foi concebido e elaborado à luz da nova disciplina Processual Civil, por autores que acompanharam atentamente a tramitação do projeto. Assim é que, por exemplo, damos o devido destaque aos meios não judiciais de resolução dos conflitos, marcante no CPC de 2015, e, em matéria de princípios, explicamos a boa-fé e a cooperação, elementos inovadores na novel legislação, assim como a grande relevância dada à motivação e ao contraditório, no sentido mais amplo de participação e vedação à decisão surpresa. Igualmente nos preocupamos com outras novidades trazidas pelo CPC de 2015, como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a regulamentação do negócio jurídico processual.

Após a ótima acolhida da 1.ª edição, que rapidamente se esgotou, é com satisfação, portanto, que trazemos a lume esta obra, agora em sua 2.ª edição com novidades e aproveitando as facilidades da tecnologia. Os autores gravaram diversos vídeos com explicações disponíveis na internet. Assim, em alguns momentos, devidamente indicados no livro, o leitor poderá acompanhar a exposição não só pela leitura, mas também vendo e ouvindo o autor responsável por escrever aquele trecho. Isso tudo acessível de maneira simples, pelo celular ou computador. No mais, no capítulo que trata da história do processo, em rodapé há diversos *links* com remissão para textos legislativos e opinativos – por meio dos quais será possível, também, acessar tudo facilmente pela internet. Além disso, para os docentes, estão disponíveis diversos *slides* que podem ajudar na preparação e no momento de ministrar a aula.

Esperamos, então, contribuir tanto para o aprendizado do Processo Civil quanto para as reflexões que os novos tempos estão a exigir.

Os Autores



Acesso ao conteúdo exclusivo para professores:

1. Acesse o site: <http://www.grupogen.com.br/>.
2. Se você já tem cadastro, entre com seu *login* e senha, caso não tenha, terá de fazê-lo neste momento.
3. Após realizar seu *login*, localize e clique em GEN-IO, disponível no canto superior direito. Você será redirecionado para o GEN-IO / Informação *Online*.
4. Localize e clique no material referente ao seu livro na área *Materiais Complementares.*
5. Pronto! Seu material estará disponível para acesso na área *Meus Conteúdos.*
6. Em caso de dúvidas, envie *e-mail* para gendigital@grupogen.com.br.

SUMÁRIO

1. DIREITO, LIDE E PROCESSO *(Carlos Augusto de Assis)*
1.1. Direito, convivência social e conflito
1.2. Conflito de interesses e o conceito de lide
1.3. Direito, conflito, lide e processo

2. FORMAS DE SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
2.1. Evolução histórica dos meios de solução
2.1.1. Autotutela
2.1.2. Autocomposição
2.1.3. A arbitragem. Sua evolução e o surgimento da jurisdição estatal
2.2. As formas de solução dos litígios vistas numa perspectiva atual
2.2.1. O Poder Judiciário não é o único responsável pela solução dos conflitos
2.2.2. A autocomposição hoje em dia
2.2.2.1. A autocomposição obtida através da conciliação
2.2.2.2. A autocomposição atingida através da mediação
2.2.3. Heterocomposição

2.2.3.1. Arbitragem
2.2.3.2. A jurisdição estatal, exercida através do processo

3. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL *(Andrea Boari Caraciola)*

4. DIREITO PROCESSUAL *(Andrea Boari Caraciola)*
4.1. Conceito e denominação
4.2. Evolução científica e autonomia
4.3. Posição enciclopédica
4.4. Unidade e divisão

5. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO *(Luiz Dellore)*
5.1. Introdução
5.2. Antecedentes: processos romano, bárbaro, canônico e lusitano
5.2.1. Processo romano
5.2.2. Processo bárbaro (visigótico) e canônico
5.2.3. Processo lusitano
5.3. Processo brasileiro
5.4. Código de Processo Civil de 2015 (NCPC)

6. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
6.1. Introdução: conceito e relevância dos princípios *(Andrea Boari Caraciola)*
6.1.1. Constitucionalização do processo
6.1.2. Sistema principiológico e o NCPC
6.1.2.1. Sistema
6.1.2.2. Princípios
6.1.3. Princípios e o direito

processual civil
6.2. Acesso à justiça e efetividade do processo *(Andrea Boari Caraciola)*
6.3. Devido processo legal ou processo justo *(Andrea Boari Caraciola)*
6.4. Contraditório, ampla defesa e vedação da decisão surpresa *(Andrea Boari Caraciola)*
6.5. Inércia da jurisdição, dispositivo, demanda, impulso oficial e congruência da tutela jurisdicional *(Andrea Boari Caraciola)*
6.6. Duração razoável do processo *(Andrea Boari Caraciola)*
6.7. Princípio da boa-fé *(Andrea Boari Caraciola)*
6.8. Cooperação *(André Pagani de Souza)*
6.9. Princípio da isonomia *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
6.10. Princípio da publicidade *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
6.11. Princípio da motivação das decisões judiciais *(Andrea Boari Caraciola)*
6.12. Princípio do juiz natural *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
6.13. Princípio do duplo grau de jurisdição *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
6.14. Vedação das provas obtidas por meio ilícito *(Andrea Boari Caraciola)*
6.15. Livre convencimento motivado *(Andrea Boari Caraciola)*

7. FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO PROCESSUAL: A LEI DO PROCESSO *(André Pagani de Souza)*
7.1. Interpretação da norma processual
7.2. Integração
7.3. Eficácia no espaço e no tempo
7.3.1. Eficácia da norma processual no espaço

7.3.2. Eficácia da norma processual no tempo

7.3.2.1. Processos em curso por ocasião do início da vigência da lei processual nova

8. INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL *(André Pagani de Souza)*

9. JURISDIÇÃO *(Carlos Augusto de Assis)*

9.1. Conceito

9.2. Problemas modernos envolvendo o conceito de jurisdição

9.3. Jurisdição estatal: características e princípios

9.4. Espécies de jurisdição

9.5. A jurisdição voluntária

9.6. Espécies de tutela jurisdicional estatal

9.6.1. Conceito de tutela jurisdicional

9.6.2. Tutela jurisdicional classificada segundo a sua eficácia

9.6.3. Tutela provisória e tutela definitiva

9.7. Mecanismos não estatais de solução de conflitos: conciliação, mediação e arbitragem

9.7.1. Conciliação

9.7.2. Mediação

9.7.3. Arbitragem

10. DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL *(André Pagani de Souza)*

10.1. Limites da jurisdição

10.2. Cooperação internacional

10.2.1. Auxílio direto

10.2.2. Cartas rogatórias

11. ALGUMAS NOÇÕES QUANTO À ESTRUTURA

JURISDICIONAL BRASILEIRA (MAGISTRATURA, MINISTÉRIO PÚBLICO, ADVOCACIA E DEFENSORIA PÚBLICA) *(Luiz Dellore)*

11.1. Contextualização

11.2. Magistratura

11.2.1. Justiça Comum Estadual

11.2.2. Justiça Comum Federal

11.2.3. Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública (justiça comum)

11.2.4. Justiça do Trabalho

11.2.5. Justiça Eleitoral

11.2.6. STF e STJ

11.2.7. CNJ

11.3. Ministério Público

11.4. Advocacia e Defensoria Pública

12. COMPETÊNCIA *(Luiz Dellore)*

12.1. Conceito

12.2. Critérios

12.3. Competência absoluta

12.3.1. Competência em razão da matéria

12.3.2. Competência em razão da pessoa

12.3.3. Competência funcional (ou competência hierárquica)

12.4. Competência relativa

12.4.1. Competência em razão do valor

12.4.2. Competência territorial

12.4.2.1. Regras de fixação de competência territorial

12.5. Modificações da competência territorial

12.5.1. Perpetuatio jurisdictionis

12.5.2. Conexão e continência
12.5.3. Acessoriedade
12.5.4. Foro de eleição
12.6. Incompetência
12.7. Conflito de competência

13. AÇÃO *(Carlos Augusto de Assis)*
13.1. Natureza jurídica da ação
13.1.1. A teoria imanentista (ou civilista) da ação
13.1.2. Teoria da ação como direito concreto
13.1.3. Teoria da ação como direito abstrato
13.1.4. Algumas conclusões sobre a natureza jurídica da ação
13.2. Caracteres do direito de agir. O conceito de ação
13.3. Elementos da ação (ou da demanda)
13.3.1. Partes
13.3.2. Causa de pedir
13.3.3. Pedido
13.3.3.1. Cumulação de pedidos
13.3.4. Identificação dos elementos da demanda. A importância prática dos elementos da demanda. A congruência
13.4. A estabilização da demanda
13.5. Classificação das ações
13.6. Condições da ação
13.6.1. Generalidades
13.6.2. O desaparecimento da possibilidade jurídica do rol das condições da ação
13.6.3. Interesse processual
13.6.4. Legitimidade de parte

(legitimatio ad causam)
13.6.5. Teoria da asserção
13.6.6. Falta de condição da ação

14. A EXCEÇÃO (DEFESA) *(Carlos Augusto de Assis)*
14.1. Conceito
14.2. Classificação

15. PROCESSO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS *(Andrea Boari Caraciola)*
15.1. Processo
15.1.1. Conceito
15.1.2. Natureza Jurídica
15.1.3. Caracteres da relação jurídica processual
15.2. Pressupostos processuais
15.2.1. Pressupostos processuais como espécies de requisitos para apreciação do mérito
15.2.2. Conceito
15.2.3. Função
15.2.4. Classificação
15.2.5. Pressupostos processuais de existência ou constituição do processo
15.2.6. Pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo
15.2.7. Pressupostos processuais negativos
15.2.8. Regime jurídico: matérias de ordem pública?

16. SUJEITOS DO PROCESSO *(Carlos Augusto de Assis)*
16.1. Sujeitos principais. Autor e réu
16.1.1. Aspectos conceituais e

terminológicos
16.1.2. Aquisição da qualidade de parte
16.1.3. Direitos, obrigações, deveres, ônus e responsabilidades das partes
16.2. O juiz, seus poderes e deveres
16.2.1. Características, garantias e vedações
16.2.2. Poderes e deveres do juiz no processo
16.2.2.1. Os poderes-deveres do art. 139
16.2.3. Responsabilidade do juiz
16.3. O Ministério Público
16.3.1. Características, garantias, vedações e responsabilidade
16.3.2. Sua atuação no processo civil
16.4. O advogado
16.4.1. Função no processo
16.4.2. Regime jurídico: direitos, deveres, forma de atuação e responsabilidade
16.4.3. Defensoria Pública e a Advocacia Pública
16.5. Sujeitos secundários do processo

17. REGIME FINANCEIRO DO PROCESSO
17.1. Responsabilidade por dano processual *(André Pagani de Souza)*
17.2. Custas processuais e honorários advocatícios *(André Pagani de Souza)*
17.3. A questão da gratuidade da justiça *(Luiz Dellore)*
17.3.1. Quem pode ser beneficiário da justiça gratuita.
17.3.2. Despesas e custas abrangidas pela gratuidade da justiça

17.3.3. Justiça gratuita parcial (art. 98, § 5º) e parcelamento das despesas (art. 98, § 6º)
17.3.4. Momento e forma de requerimento da gratuidade

18. LITISCONSÓRCIO *(Carlos Augusto de Assis)*
18.1. Conceito e classificação
18.2. Litisconsórcio facultativo
18.2.1. Hipóteses
18.2.2. Recusa do litisconsórcio
18.2.3. O problema do litisconsórcio ulterior
18.3. Litisconsórcio necessário
18.4. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio comum
18.5. Regime jurídico

19. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS
19.1. Considerações gerais *(Carlos Augusto de Assis)*
19.2. Assistência *(Carlos Augusto de Assis)*
19.2.1. Conceito e procedimento
19.2.2. A assistência simples
19.2.3. A assistência litisconsorcial
19.3. Denunciação da lide *(Carlos Augusto de Assis)*
19.3.1. Conceito e noções gerais
19.3.2. Hipóteses de cabimento
19.3.3. Não obrigatoriedade
19.3.4. Procedimento
19.3.5. Questões polêmicas, resolvidas ou não pelo novo CPC
19.3.5.1. Posição do denunciado em relação à demanda original
19.3.5.2. Denunciação da lide e introdução de

fundamento novo
19.3.5.3. Denunciação sucessiva?
Denunciação per saltum?
19.4. Chamamento ao processo *(Carlos Augusto de Assis)*
19.4.1. Conceito
19.4.2. Hipóteses de chamamento
19.4.3. Procedimento
19.4.4. Situações especiais
19.5. O amicus curiae *(Carlos Augusto de Assis)*
19.5.1. Natureza, função e previsão no ordenamento jurídico
19.5.2. Forma de atuação
19.6. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica *(André Pagani de Souza)*

20. PROCEDIMENTO *(Carlos Augusto de Assis)*
20.1. Diferença entre processo e procedimento
20.2. Necessidade de procedimentos diversos. O direito material e os procedimentos
20.3. Classificação dos procedimentos

21. ATOS PROCESSUAIS
21.1. Noções gerais *(Carlos Augusto de Assis)*
21.2. Natureza jurídica, caracteres e classificação *(Carlos Augusto de Assis)*
21.3. Modo, lugar e tempo dos atos processuais *(Carlos Augusto de Assis)*
21.3.1. Generalidades: a forma do ato processual
21.3.2. Exigências de modo
21.3.3. Atos processuais praticados eletronicamente
21.3.4. Exigências de lugar e tempo
21.3.5. A instrumentalidade das

formas
21.3.6. Prazos dos atos processuais
21.4. Ato processual e preclusão *(Carlos Augusto de Assis)*
21.5. Existência, validade e eficácia do ato processual. Os vícios do ato processual *(Carlos Augusto de Assis)*
21.6. Comunicação dos atos processuais *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*
21.6.1. Generalidades sobre comunicação dos atos processuais
21.6.2. Da citação
21.6.2.1. Da citação pelo correio.
21.6.2.2. Da citação por oficial de justiça
21.6.2.3. Da citação por edital
21.6.3. Das cartas
21.6.4. Da intimação
21.7. Negócio jurídico processual *(Luís Eduardo Simardi Fernandes)*

22. FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO *(Luiz Dellore)*
22.1. Contextualização
22.2. Formação do processo de conhecimento
22.2.1. Estabilização da demanda (NCPC, art. 329)
22.2.2. Desenvolvimento válido e regular do processo
22.2.3. Ausência de requisitos de formação e desenvolvimento do processo
22.3. Suspensão do processo
22.3.1. Hipóteses de suspensão do processo (parte geral do NCPC)

22.3.2. Hipóteses de suspensão do processo (parte especial do NCPC: processo de execução)
22.4. Extinção do processo
22.4.1. Hipóteses de extinção do processo (parte geral do NCPC)
22.4.2. Hipóteses de extinção do processo (parte especial – processo de conhecimento)
22.4.2.1. Decisão sem resolução do mérito (NCPC, art. 485)
22.4.2.2. Decisão com resolução do mérito (NCPC, art. 487)
22.4.3. Extinção do processo (parte especial – processo de execução)

BIBLIOGRAFIA

1

DIREITO, LIDE E PROCESSO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

1.1. DIREITO, CONVIVÊNCIA SOCIAL E CONFLITO

O direito, como toda ciência social, tem por objeto, em essência, o próprio homem. O homem, no caso, na sua convivência com seus semelhantes, mais precisamente, as regras que regem tal convívio. É claro que essa ideia traz subjacente a noção bastante corrente de que o homem é um ser gregário por natureza. Assim foi o homem se reunindo em tribos, pequenas comunidades até que, como fruto de longa evolução, temos o ser humano vivendo em um grupo organizado chamado **sociedade** (que, em essência, é uma organização de pessoas visando a um fim comum).

Enfim, o fato é que a vida em sociedade tem como uma das suas características a presença marcante do direito, das normas jurídicas. Não é sem razão que se costuma dizer que *Ubi societas, ibi jus*.

Por quê? Pela simples razão de que sociedade pressupõe organização e é o direito que organiza a sociedade, coordenando os **interesses** das diversas pessoas, prevenindo e compondo os conflitos que possam surgir. Por **interesse** devemos entender a "*posição favorável em relação a um bem*".[1] Por outro lado, *compor* significa justamente dizer qual interesse deve prevalecer e qual deverá sucumbir. A existência desses critérios de solução constitui base essencial para a harmonia social. Sem o direito, não se pode

conceber uma sociedade minimamente harmônica (a não ser uma sociedade ideal, feita de anjos).

Mas, se o direito é importante para compor conflitos, na verdade, devemos antes nos perguntar: afinal, por que há conflitos? É simples. Mais de uma pessoa deseja o mesmo bem da vida. A partir dessa ideia, vamos entender melhor o que significa conflito, para, a partir daí, verificarmos o modo de solucioná-lo.

Falamos em conflito, e, nesse passo, é conveniente precisar melhor do que exatamente estamos tratando. Antes de mais nada, diga-se, falamos de **conflito de interesses**. Ora, considerando a possibilidade de mais de uma pessoa ter seu interesse voltado para o mesmo bem, o que não é incomum, dada a limitação de bens da vida, é inevitável o surgimento de conflitos. Esses conflitos, é claro, podem simplesmente não se manifestar na sociedade, ficando apenas na mente das pessoas. Se assim ocorrer, não haverá repercussão social e será indiferente para o direito. De qualquer modo, nas situações em que o conflito de interesses vier a assumir algum tipo de relevância no seio da sociedade, lá estará o direito preestabelecendo a solução.

O que se percebe, porém, é que, apesar de indispensável a existência do ordenamento jurídico prescrevendo padrões de conduta, amparando certos interesses, reconhecendo legitimidade a certas pretensões, em detrimento de outras, pré-compondo os conflitos de interesse, nota-se a insuficiência do ordenamento jurídico para eliminar os conflitos. Em outras palavras, a despeito da existência de normas fixando padrões de conduta, acontece, com frequência, de alguém querer realizar sua **pretensão** (“exigência da subordinação do interesse de outrem ao próprio”)[2], e não poder. Entre as razões para tal ocorrência temos uma que é particularmente útil destacar nesse momento: a pessoa que devia satisfazer a pretensão de outrem não o faz. Não o faz seja porque crê estar com a razão, seja porque, a despeito de saber que o outro tem razão, não quer abrir mão da satisfação do seu interesse.

1.2. CONFLITO DE INTERESSES E O CONCEITO DE LIDE

Esse tipo de conflito de interesses, se persistente, rompe o equilíbrio social e acarreta problemas no convívio humano. Como explica Francesco Carnelutti, a existência de conflito de interesses não tem nada de patológico. Desse conflito podemos ver manifestar-se tanto o egoísmo quanto o altruísmo. O problema é quando alguém manifesta a sua **pretensão** e, de outro lado, se opõe a resistência, hipótese em que o conflito se degenera tornando-se uma **lide**[3]. Este é, portanto, o famoso conceito de lide cunhado por Francesco Carnelutti: conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Está explicado, portanto, na visão de Carnelutti, por que há necessidade de processo civil: para obviar o inconveniente e perigo das lides que sobrevivem, apesar da ação preventiva das normas jurídicas[4].

A teoria, embora não explique a existência do processo em todos os casos, facilita a compreensão de boa parte deles. Isso, por si só, justifica a popularidade que alcançou e a razão de se debruçar sobre esse conceito num capítulo introdutório da disciplina de Teoria Geral do Processo. Por outro lado, se a doutrina de Carnelutti alcançou formidável repercussão, não se pode deixar de dizer que foi alvo de inúmeras críticas. A principal crítica que a definição de lide apresentada por Carnelutti sofreu foi a de que ele estaria apresentando um conceito sociológico e não jurídico[5]. De fato, a existência da lide, no sentido original de Carnelutti, justifica a necessidade de um mecanismo destinado a resolvê-la (o processo), mas isso não quer dizer que a lide vá necessariamente gerar um processo. Mais do que isso, ainda que essa lide seja o germe de um processo, isso não significa que, ao ser apresentada ao Judiciário, ela tenha a mesma conformação. Só para ilustrar, imagine que as partes estejam em conflito relativamente ao valor de 100. Isso pode fazer com que uma delas vá a juízo, gerando um processo, para discutir esses 100, ou, eventualmente, para discutir 80 ou 50. Independentemente dos motivos que levem a parte a exigir apenas 80, do ponto de vista do processo (ou, melhor dizendo, do juízo), o que realmente importa são os 80 que foram pleiteados. Aquilo que efetivamente foi pleiteado é que tem relevância do ponto de vista do processo.

O fato de a lide de Carnelutti ser, no final das contas, “pré-processual”, levou a doutrina a tentar elaborar um conceito de lide que servisse ao processo, propriamente dito. Nesse sentido, o antigo Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), na sua exposição de motivos, ao se referir a “lide” expõe que tal vocábulo é utilizado como sinônimo de *mérito* (conceito que pode ser entendido como aquilo que efetivamente se *pediu* em juízo). Essa

equiparação de **lide** a **mérito (= pedido)**, numa tentativa de processualizar o conceito, teve inspiração em Enrico Tullio Liebman, outro jurista italiano cuja doutrina teve forte repercussão no Brasil. Como disse Liebman em um de seus estudos, "*o conflito de interesses não entra no processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido*"[6].

Fizemos essas observações porque, ao nos depararmos com a palavra lide, devemos ter o cuidado de verificar em que sentido o vocábulo está sendo utilizado. Às vezes pode estar sendo utilizado no sentido carneluttiano de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Também vemos empregado no sentido de mérito (pedido). Verificamos, também, o emprego da palavra lide no seu sentido etimológico (*litis*), equivalendo a processo, ou, ainda, utilizada no sentido de demanda. A exposição de motivos do CPC de 73, considerando os vários sentidos da palavra lide, tentou definir o sentido utilizado, indicando que no texto do código o termo seria empregado na acepção de mérito. Nem sempre foi fiel à sua intenção, havendo casos em que certamente a palavra lide não foi utilizada como sinônimo de mérito. E no Novo Código de Processo Civil, como devemos entender o uso da palavra lide? No NCPC a palavra é utilizada poucas vezes, mas em mais de um sentido (como "mérito" no caso do art. 113, I; como "processo", na expressão denunciação da lide etc.). A recomendação de cuidado com a multiplicidade de acepções do vocábulo lide permanece.

1.3. DIREITO, CONFLITO, LIDE E PROCESSO

Podemos, agora, resumir algumas ideias aqui expostas para chegarmos a certas conclusões preliminares. Como se percebe, partimos da existência de regras de convivência humana estabelecidas pelo direito. Tais regras muitas vezes previnem o surgimento de conflitos de interesse, ou, pelo menos, evitam que estes assumam proporção maior, que perturbe o convívio social. Evitam, porém, apenas em parte dos casos. A existência do direito não é suficiente para eliminar os conflitos de interesse que têm esse potencial de comprometer a convivência social. Para empregar a linguagem de Carnelutti, esses conflitos de interesse, em que uma das partes manifesta a sua pretensão e sofre uma resistência, recebem o nome de **lide**.

Para a solução das lides o Estado, através de seus órgãos competentes (*Poder Judiciário*), exerce uma atividade de *pacificação social* conhecida como **jurisdição**. O exercício da atividade jurisdicional é feito através de um instrumento (ou método de trabalho) intitulado **processo**. Esses conceitos, ora destacados, terão desenvolvimento maior ao longo desta obra. Apresentamos, neste momento, apenas uma primeira ideia para o leitor ir se familiarizando com esses termos rotineiros da disciplina do direito processual.

Neste ponto, porém, devemos advertir. Estamos falando em processo como instrumento para exercício da jurisdição, que pacifica, resolvendo as lides, mas essa é uma situação que vivenciamos no presente. Hoje em dia sabemos perfeitamente que existe o Poder Judiciário, que muitos conflitos são lá resolvidos, mas nem sempre foi essa a realidade. O conflito existe desde os primórdios da humanidade e há muito tempo foram se desenvolvendo formas para solucioná-lo. O desenvolvimento dessas formas de solução de litígios até a chegada da jurisdição (e do processo) será objeto de estudo no próximo capítulo.

[1]Na lição clara de Moacyr Amaral Santos: "A razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse. Assim, aquilata-se o interesse da posição do homem, em relação a um bem, variável conforme suas necessidades. Donde consistir o interesse na posição favorável à satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o homem; o bem é o seu objeto" (*Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 22ª ed., 2002, p. 3-4). Também falando sobre interesse, veja-se Djanira Maria Radamés de Sá (*Teoria geral do direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1998, p. 4): "Desde o momento em que os indivíduos despertam, pela manhã, começam a manifestar desejos, exigências, necessidades, aos quais se dá o nome de *interesses*. Todos esses interesses, ditos *substanciais* ou *materiais*, são satisfeitos por *bens*, aqui entendidos como *bens jurídicos*, e não meramente como bens materiais."

[2]Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 54 (tradução livre do trecho: "esigenza della subordinazione dell'interesse altrui al proprio interesse".

[3]Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 53-54.

[4]Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 55.

[5]Essa crítica foi desferida por Piero Calamandrei e acompanhada por Enrico Tullio Liebman, como nos dá notícia Cândido Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, vol. I, 3ª ed., 2000, n. 109). Dinamarco, conquanto repudie a utilização da ideia de lide como polo metodológico da ciência processual, reconhece que "[...] *a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição, quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem dirigida e, portanto, sendo relevante a sua resistência"* (op. cit., n. 109, p. 254).

[6]"Recurso da decisão que declara prescrita a ação", apud Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos*, cit. p. 253.

2

FORMAS DE SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MEIOS DE SOLUÇÃO



Tivemos oportunidade de comentar que o problema do conflito é tão antigo quanto a humanidade. É claro que os mecanismos para solucioná-lo são também de origem remota. Muito antes de falarmos em processo e jurisdição podemos encontrar formas de solução de litígios. Vamos, agora, traçar um breve panorama da evolução histórica desses meios de solução. Como toda evolução histórica, é feita de avanços e retrocessos, e, apesar de apresentarmos esses mecanismos de solução como se um sucedesse ao outro, é certo que tal apresentação assim linear é feita apenas para efeito didático. Feita essa observação, sigamos em frente.

2.1.1. Autotutela

A autotutela é a forma de solução da controvérsia em que a parte mais forte impõe o resultado àquela mais fraca. É a conhecida “justiça com as próprias mãos”. Constituindo-se na primeira forma de solução de controvérsias, é vista, portanto, como método primitivo.

Porque muitas vezes traz nela embutida a ideia de solução violenta, afirma-se que não garante propriamente uma solução justa, mas sim a vitória da parte mais forte sobre a mais fraca. O que não significa que esse método seja completamente rechaçado nos sistemas modernos, como veremos mais adiante.

De toda forma, é quase intuitivo que a autotutela – pelo menos como método principal de solução dos litígios – traz uma série de inconvenientes. Além da possível injustiça da solução no caso concreto, é fácil concluir que aquele que foi privado de um bem ou teve um interesse não atendido em razão da atitude violenta da outra parte ficará insatisfeito e tão logo tenha oportunidade irá procurar retomar aquilo que lhe foi tirado. O conflito, “solucionado” em um primeiro momento retornará logo adiante.[1] Nas palavras de Friedrich Lent, “[…] a autotutela arrisca a comprometer de forma irremediável a pacífica convivência social.”[2]

Assim, se esse meio de solução não é dos mais felizes, é natural que outros métodos mais efetivos acabem se desenvolvendo. Isso nos leva ao outro meio de solução encontrada de há muito nas sociedades primitivas: a autocomposição.

2.1.2. Autocomposição

Se um meio essencialmente egoísta como a autotutela não era o mais adequado, por que não criar um sistema de solução baseado na premissa inversa, o altruísmo? Ao invés da imposição violenta, o abrir mão de seu interesse como o caminho para a solução. A autocomposição reside justamente na solução do litígio em função do fato de um (ou ambos) dos contendores abrir mão do seu interesse (ou de parcela dele), para permitir que se encontre um resultado satisfatório a ambos.

Quando falamos “um ou ambos”, temos o caminho aberto para as três formas de autocomposição: (a) **renúncia** (aquele que formula a pretensão

deixa de fazer a sua exigência); (b) **submissão** (aquele que resistia à pretensão deixa de fazê-lo); e (c) **transação** (em que ambos abrem mão em parte do seu interesse para que se chegue a um acordo). Dito de outro modo, a autocomposição pode ser unilateral, em que o litígio se encerra por ato de apenas uma das partes, seja a ativa seja a passiva, ou bilateral, em que ambas definem o resultado, por acordo.

À primeira vista parecia uma grande evolução em relação à autotutela, mas esbarrava em dois problemas fundamentais. Primeiro, que a humanidade não tem um nível de altruísmo tal que permita estabelecer a autocomposição como sistema principal de solução dos litígios. Segundo, partindo do ponto de vista da sociedade primitiva, temos que a atitude aparentemente altruísta de abrir mão de seu interesse mal disfarçava o receio de ser privado violentamente do objeto de seu interesse pelo adversário mais forte. Em outras palavras, era o receio das consequências do exercício da autotutela.

Assim, tanto a autotutela quanto a autocomposição apresentavam óbvias limitações, o que nos leva a outro mecanismo de solução, a envolver um terceiro não envolvido no conflito, a quem se encarrega de apontar uma solução. Falamos, assim, na arbitragem.

2.1.3. A arbitragem. Sua evolução e o surgimento da jurisdição estatal

Dizemos que a arbitragem é um meio de heterocomposição, porque envolve a presença de um *outro*, um terceiro da confiança das partes que irá, por si, resolver o conflito. Esse terceiro, chamado **árbitro**, era, nas sociedades primitivas, alguém dotado de particular respeito no âmbito da comunidade, como um líder religioso ou um ancião.[3] A solução do árbitro, por não ser ele parte no conflito, apresentava a nítida vantagem de ser imparcial.

Ocorre que a arbitragem era facultativa e não havia garantia de que aquele que saísse vencido iria efetivamente cumprir o determinado. Mas essa arbitragem inicial, facultativa e privada, foi evoluindo com o passar do tempo. Passou a ser obrigatória.[4] Passou a ter a participação do Estado como o terceiro imparcial que solucionava os conflitos. Essa evolução pode ser muito bem ilustrada a partir do desenvolvimento do processo romano, como

será exposto com detalhes no Capítulo 5, ao qual remetemos o leitor.

Por ora, basta destacar que como evolução da arbitragem passamos a ter o próprio Estado solucionando os conflitos de interesse e impondo às partes a solução. É isso justamente que chamamos de jurisdição e o método para o seu exercício é chamado de processo.

2.2. AS FORMAS DE SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS VISTAS NUMA PERSPECTIVA ATUAL

2.2.1. O Poder Judiciário não é o único responsável pela solução dos conflitos

Entendido, desse modo, como chegamos finalmente à jurisdição e consequentemente ao processo, resta saber se esses outros meios de solução constituem apenas uma reminiscência histórica. A resposta é um sonoro não.

Na verdade, todos esses meios de solução mencionados no item anterior possuem algum papel na sociedade contemporânea. Até mesmo a autotutela, por mais que possa parecer estranho, à primeira vista, tem seu espaço, ainda que diminuto. Esse ponto, aliás, há que ser realçado, para não incidirmos em equívoco. Se é correto afirmar que os sistemas modernos vedam, em regra, a autotutela, não é certo, de outra parte, dizer que tal forma de solução de conflitos é completamente proibida pelos sistemas contemporâneos.

Embora representem hipóteses de exceção, podemos apontar em nosso direito diversas situações em que a autotutela é admitida. Nos casos de legítima defesa e estado de necessidade, aceita o art. 188 do Código Civil a utilização da força para defesa contra agressões. Quanto à autotutela possessória, tal permissão se encontra no art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

Também há autorização semelhante no direito de vizinhança. Basta ver que o art. 1.283 do Código Civil admite a possibilidade de um vizinho cortar raízes e ramos de árvore de área limítrofe que invadam o seu terreno, em nítido exemplo de autotutela.

O direito de retenção, admitido em nosso sistema para certas situações, representa também hipótese de autotutela, por autorizar que alguém recuse a restituição de um bem enquanto não receber a contraprestação que lhe é devida. A retenção na locação e no contrato de transporte, previstas nos arts. 578 e 742 do Código Civil, são autorizadas com o propósito de evitar o enriquecimento sem causa.

Mas, se a autotutela tem um papel nitidamente residual, e motivado pela urgência ou banalidade da situação, o mesmo não ocorre com a autocomposição e a arbitragem. Aliás, atualmente verifica-se um verdadeiro redimensionamento do papel da jurisdição estatal, com a revalorização da autocomposição e da arbitragem. Isso em função não só do acúmulo de processos no Judiciário, o que faz procurar alternativas para desafogá-lo, mas, também, pela consciência de que nem sempre a via judicial é a mais indicada.

Esse último aspecto merece um comentário um pouco mais longo. Podemos dizer que solucionar litígios significa estabelecer a norma adequada a disciplinar o conflito de interesses. E, claro, existem vários caminhos para construção dessa norma. Apesar dessa pluralidade, quando se fala em forma de solução dos litígios, automaticamente o pensamento converge para a atuação do Poder Judiciário, pelo fato de a via jurisdicional estatal ser vista como a forma natural de solução.

Tal postura evidencia a cultura da terceirização dos litígios, em que as pessoas pouco se esforçam para resolver por si mesmas seus conflitos, terceirizando essa solução ao Poder Judiciário. Parecem assumir sua incapacidade de superar suas desavenças, transferindo essa função ao Estado.

Tanto isso é verdade que as outras formas de solução dos litígios, que não a judicial, muitas vezes são tratadas como “meios alternativos de solução de conflitos”, colocando o Judiciário na posição de “meio tradicional”. Os demais, portanto, seriam os “meios alternativos”, vistos inclusive como de menor relevância.

A propósito, convém alertar que essas outras formas de solução também são indicadas pela sigla “ADR”, abreviação de *Alternative Dispute Resolution*, como na língua inglesa são nomeados os “meios alternativos de solução de controvérsias”. Não há razão para adotarmos aqui a denominação estrangeira, mas apenas alertamos o leitor para o caso de vir a se deparar com essa indicação.

De outra parte, possível notar que a doutrina brasileira já vem repensando esse quadro e, gradativamente, mudando essa visão "conservadora". Aos poucos, vai-se deixando de lado essa ideia de que os outros caminhos que não o judicial seriam "alternativos", para se pensar nos "meios adequados de solução dos litígios", sendo o judicial apenas um deles, não necessariamente o mais adequado ao caso concreto que se examina.

Indo até mesmo além dessa nova concepção, há quem defenda a posição de que se de fato existe um meio alternativo, deve ser visto como tal a via judicial estatal, pois o natural é que os próprios envolvidos resolvam entre si os seus problemas. Dessa forma, a procura do Poder Judiciário deveria se dar em caráter secundário ou residual, apenas quando os próprios sujeitos do litígio não conseguissem resolver por si só as suas desavenças.

Certo é, de qualquer forma, que quando a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), tal previsão constitucional deve ser interpretada como garantia das partes à ordem jurídica justa, aos meios adequados de solução de controvérsias, não obrigatoriamente pela via da heterocomposição, e muito menos necessariamente pela via jurisdicional estatal.

Como se percebe, devemos buscar, para cada caso concreto, o método mais adequado à solução de cada conflito apresentado. Pode-se até concluir que, em vista das características das partes, do litígio e da matéria envolvida, seja a judicial a via mais adequada. Mas é conveniente que essa análise prévia seja realizada, para que a procura do Poder Judiciário não seja fruto de uma atitude mecânica e irrefletida, como se fosse a única forma de solução de todos os litígios, porque efetivamente não é.

De outra parte, para que as outras formas de solução de conflitos ganhem espaço na nossa sociedade, importante que o próprio ensino do direito explore essa perspectiva, de que a solução das controvérsias não necessariamente deve se dar pela imposição de um resultado pelo Estado-juiz. O desenvolvimento dessa nova cultura passa, necessariamente, pela conscientização do profissional do direito, desde o início da sua formação, para que possa avaliar, frente a um caso concreto, qual caminho parece-lhe mais adequado. Também é importante que o Estado incentive essas outras formas de solução de litígios, valorizando-as e dando meios para que elas se desenvolvam.

Feitas essas observações, convém falar especificamente sobre a feição atual da autocomposição e da heterocomposição, esta última tanto na vertente da arbitragem quanto na jurisdição estatal.

2.2.2. A autocomposição hoje em dia

Como visto no item relativo à evolução histórica, a autocomposição muitas vezes não era verdadeira expressão de altruísmo porque escondia o receio de que a outra parte acabasse se prevalecendo pela força. Isso, porém, era a perspectiva da época primitiva, em que não se podia contar com a jurisdição estatal para a proteção dos seus interesses. A perspectiva atual é outra. A parte abre mão (total ou parcialmente) de seus interesses se assim o desejar. Caso não queira, sabe que tem a via judicial para sua proteção.

A autocomposição passa a ser uma alternativa bastante interessante do ponto de vista do sistema de soluções dos litígios, sempre que estejamos tratando de direitos disponíveis. A autocomposição bilateral pode ser fruto de: (a) a negociação, em que as partes tentam acordar a solução do litígio sem a intervenção de um terceiro apto a ajudá-las nesse propósito, bem como (b) a conciliação e (c) a mediação, estas duas caracterizadas pelo fato de um terceiro capacitado cooperar com as partes na formação do resultado. Referimo-nos ao conciliador e ao mediador, conforme o caso, figuras que serão explicadas mais adiante.

O fato é que podemos perceber em nosso diploma processual uma nítida preocupação em valorizar a autocomposição, sendo esta a forma de solução de controvérsia em que o resultado é encontrado pelas próprias partes, e não imposto por um terceiro, como ocorre na heterocomposição.

A valorização é percebida logo nas normas fundamentais do NCPC, cujo art. 3º impõe ao Estado, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, bem como determina que juízes, advogados, defensores e membros do Ministério Público estimulem a conciliação e a mediação.[5]

Natural que seja assim, já que a pacificação social é obtida de modo muito mais efetivo quando as partes constroem o resultado, pois ambas ficarão, ao menos, razoavelmente satisfeitas com o desenlace da controvérsia. Sem dizer que pela autocomposição a controvérsia é normalmente resolvida em tempo muito mais curto e com menos custo.

Enquanto na heterocomposição, em que se impõe uma solução às partes, é comum que uma se satisfaça com o resultado e a outra dele discorde, caracterizando uma relação de vencedor e perdedor, na autocomposição ambas as partes saem vencedoras, já que produziram um resultado que interessou a ambas.

É condição para a autocomposição que a controvérsia verse sobre direito que admita transação, ou seja, que possa ser objeto de disposição pelo seu titular, disponibilidade essa normalmente associada ao seu caráter patrimonial. Contudo, mesmo os direitos tidos por indisponíveis podem apresentar aspectos negociáveis, e comportarem acordo dentro desses limites.

Também correto afirmar que quando a solução é construída pelas partes, os envolvidos assumem maior responsabilidade para com o resultado adotado, provocando um maior comprometimento das partes com o acordo, o que acaba incentivando o cumprimento espontâneo dos seus termos. Diferente do que de hábito ocorre quando a decisão é imposta por um terceiro, em face da qual são interpostos diversos recursos e o seu descumprimento normalmente exige seja objeto de execução, com novo emprego de recursos e mais demora.

Por isso, natural que o CPC valorize a busca da autocomposição, o que faz de várias formas, em especial antecipando o primeiro momento para tentativa de acordo entre partes, em nítida tendência sentida nas últimas décadas.

Basta ver que o CPC/1973, na sua redação original, não previa a realização de uma audiência de conciliação antes que se atingisse a fase instrutória do processo. No procedimento comum ordinário, a primeira audiência que habitualmente ocorria era a audiência de instrução e julgamento, designada quando deferida a produção de prova oral, fosse ela o depoimento pessoal, a oitiva de peritos e assistentes ou a colheita da prova testemunhal.

Nessa audiência tentava-se a conciliação das partes pela primeira vez e, em caso de insucesso, colhiam-se as provas orais e, se fosse o caso, poderiam ser apresentadas as razões finais e sentenciado o feito. Embora na maior parte das vezes dita audiência não chegava até o sentenciamento do feito, muito em razão de as pautas de audiências sobrecarregadas impedirem que elas se arrastassem por muito tempo. De qualquer forma, certo é que essa audiência ocorria apenas na fase instrutória do processo, depois de ultrapassadas as

fases postulatória e ordinatória.

Nesse contexto, era nessa audiência de instrução e julgamento que, com a presença do juiz, das partes e dos seus respectivos advogados, tentava-se pela primeira vez a conciliação, para pôr fim à demanda de forma satisfatória para todos.

A essa altura, o processo provavelmente já se arrastara por vários anos, com gasto de energia e dinheiro, e estava próximo do momento de se proferir a sentença. Fácil concluir que não se tratava de momento adequado para se tentar a conciliação das partes, em audiência, pela primeira vez. Até por conta também do natural acirramento da litigiosidade entre elas ao longo do trâmite do processo.

Essa situação foi bem abordada pelo Des. Pedro Manoel Abreu, ao afirmar que "alguns juízes perceberam que este contato com as partes somente no ocaso do processo dificultava a possibilidade de lograr-se a conciliação, posto que os litigantes, pelo decurso do tempo, antevendo a iminência de uma solução sentencial, preferiam, na maior parte das vezes, enfrentar o risco da instrução probatória, mormente quando já tinham antecipado recursos para a realização de prova pericial. Daí por que muitos magistrados trataram de promover a tentativa de conciliação logo após a citação, ou mesmo na fase imediatamente antecedente ao saneador, quando o interesse por uma solução negociada se demonstrava mais ponderável".[6]

Diante desse quadro, o legislador, através da Lei 8.952/1994, antecipou o primeiro encontro entre as partes, advogados e juiz, prevendo a realização, ainda na fase ordinatória do processo, de uma audiência que inicialmente denominou de audiência de conciliação, mas que através da Lei 10.444/2002, rebatizou de audiência preliminar.

Tal audiência, introduzida na fase ordinatória do processo, tinha como primeiro escopo a tentativa de obtenção de acordo entre as partes, embora não fosse esse seu único objetivo. Além da tentativa de conciliação, e caso esta não fosse obtida, passava-se às outras fases da audiência, em que o juiz deveria fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e deferir a produção de provas, desde já designando a data para audiência de instrução e julgamento, se necessária.

Assim deveria ocorrer, em respeito ao art. 331 do diploma revogado, mas muitas vezes o encerramento da audiência era decretado logo que frustrada a tentativa de acordo, sem adoção das demais medidas e da

realização do chamado saneamento compartilhado, ou seja, na presença e com a participação das partes.

Vê-se, então, que ainda na vigência do CPC/1973 notava-se na legislação processual uma clara tendência de antecipação da primeira audiência em que as partes se encontravam com o juiz e tentavam costurar um acordo. Na redação original daquele diploma revogado, esse primeiro encontro ocorria na audiência de instrução e julgamento, na fase instrutória do processo; depois das reformas trazidas pela Lei 8.952/1994, e posteriormente pela Lei 10.444/2002, essa pioneira tentativa de acordo passou a ocorrer na audiência preliminar, na fase ordinatória do processo. Além de poder o juiz, fundado no art. 125, IV (acrescentado pela Lei 8.952/1994) daquele diploma, poder designar audiência conciliatória a qualquer tempo.

E essa tendência é notada novamente no NCPC, cujo art. 334 prevê a realização da audiência de conciliação ou de mediação ainda na fase postulatória do processo, antes mesmo da apresentação de contestação pelo réu.

Terá essa audiência, claro, o escopo de tentar obter a autocomposição, preferencialmente com a ajuda de alguém preparado para tal função, que pode ser o conciliador ou o mediador, conforme as características do caso recomendar.

Claro que, além da autocomposição obtida ao longo do processo judicial, tem-se a possibilidade de realização da autocomposição de natureza privada, ou seja, realizada sem qualquer vínculo com o Poder Judiciário. Nesse caso, poderá ser administrada por centros especializados ou pelos próprios interessados. Portanto, a autocomposição pode ser prévia ou incidental à demanda.

2.2.2.1. A autocomposição obtida através da conciliação[7]

A conciliação é a espécie de autocomposição em que o terceiro, dito conciliador, auxilia as partes na obtenção de um acordo para solução do litígio. Figura neutra, deve ter habilidade para dialogar com as partes e levá-las a construir um resultado de consenso, focando sua atuação no sentido de

indicar saídas às partes.

Pode mostrar às partes a conveniência da autocomposição, mas não deve pressioná-las a fazer o acordo, sob pena de se obter uma falsa autocomposição, em que o resultado foi obtido por força de pressões e com forte potencial de provocar arrependimento.

O conciliador que intimida as partes a aceitarem o acordo age tão mal, ou até pior, que aquele que limita sua atuação a perguntar às partes se há proposta de acordo e se satisfaz com a negativa pura e simples, sem prestar qualquer auxílio ou trabalho para que se obtenha a almejada autocomposição.

A conciliação pode se operar em demanda em curso, ou fora dela, podendo ser conduzida por juiz togado, ou por pessoas treinadas especialmente para exercer essa função. Aliás, vem se desenvolvendo no Brasil a conciliação extrajudicial, promovida por profissionais independentes ou por instituições constituídas com essa finalidade de administrar o procedimento.

Inegável, convém assinalar que, quando a autocomposição é conduzida pelo próprio juiz da causa, natural que as partes se sintam menos à vontade de oferecer e debater propostas, receosas de que suas afirmações possam influenciar uma futura decisão. Por isso, ideal que esses trabalhos sejam sempre conduzidos por figura diferente daquela que vai decidir a pendência, caso se mostre infrutífera tentativa de acordo. A conciliação é vantajosa para todos. Para as partes, que encontram uma saída que interessa a ambas, com mais celeridade e custos mais baixos. Para o Poder Judiciário, que não é procurado (conciliação extrajudicial) ou porque promove o encerramento do litígio antecipadamente e com menor aprofundamento na sua análise (conciliação judicial).

2.2.2.2. A autocomposição atingida através da mediação[8]

A mediação é a espécie de autocomposição em que um terceiro, obviamente neutro e preparado para exercer sua função, auxilia as partes a restabelecerem o bom relacionamento e o diálogo entre elas, para que elas próprias tenham capacidade de encontrar uma solução consensual para o seu problema.

Existem várias técnicas ou métodos de mediação, e a ausência de formalidades ou regras fixas permite que o mediador molde os trabalhos à natureza da controvérsia e às características das partes envolvidas.

Tal como o conciliador, o mediador não pode coagir as partes a aceitarem determinado resultado, e muito menos impor qualquer decisão. Através do restabelecimento do diálogo, o que ele vai ajudar a ocorrer, as próprias partes do litígio irão encontrar uma solução de consenso, sem que sejam induzidas pelo mediador.

Aí reside a diferença, nem sempre tão nítida, entre a conciliação e a mediação. Enquanto o conciliador foca sua atuação na obtenção de uma solução para a controvérsia, que muitas vezes ele próprio sugere, o mediador, diversamente, direciona seu trabalho no restabelecimento da boa comunicação entre as partes, para que elas próprias, uma vez recuperado o relacionamento saudável entre elas, possam encontrar uma solução para o litígio que a ambas interesse.

À vista da diferença de objetivos, a conciliação normalmente envolve a realização de uma ou algumas sessões; a mediação frequentemente exige a realização de um número maior de reuniões, pois o restabelecimento desse diálogo muitas vezes não é tarefa simples.

Caso o mediador tenha sucesso nessa sua missão, além da obtenção de uma solução rápida e com custos mais baixos que a via heterocompositiva, essa técnica propicia a continuidade do bom relacionamento entre as partes para o futuro, o que pode ser extremamente relevante para elas.

É por essa razão que, em certos casos, a mediação pode se mostrar mais adequada que a conciliação, uma vez que o foco desta última não é o relacionamento entre as partes, mas a controvérsia em si.

Com a mediação, como resultado do restabelecimento do diálogo entre as partes, obtém-se a saudável consequência de recuperar o relacionamento entre elas e torná-las capazes de evitar novos litígios, ou de resolver amigavelmente aqueles que eventualmente vierem a surgir no decorrer da relação. É a pacificação social com reflexos positivos para o futuro.

Por essa razão, é especialmente recomendada nas relações familiares, em que os envolvidos têm laços que persistirão para o futuro; nas relações de sucessão, que podem inclusive gerar condomínio entre os litigantes; ou nas relações contratuais, em que a preservação do relacionamento pode ser

interessante para todos os envolvidos, para que o contrato sobreviva.

Tal como a conciliação, a mediação também pode ser extrajudicial, realizada sem a participação do Poder Judiciário, por esse motivo também conhecida como mediação privada. Esta modalidade dita privada pode ser institucional, quando administrada por associações ou centros de mediação, ou independente, na hipótese de se desenvolver sem vínculo com qualquer entidade. A mediação judicial, por seu turno, é conduzida por mediadores judiciais, habilitados e cadastrados pelo Poder Judiciário.

Também é viável classificar a mediação em relação ao momento em que é tentada. Se realizada antes do início da demanda judicial, é denominada "prévia". A propósito, convém assinalar que há países em que a realização de um procedimento de mediação prévio é requisito para o ajuizamento da demanda, o que nos parece prejudicar a característica da voluntariedade, pois deixa ela de ser um caminho escolhido livremente pelas partes.

Por seu turno, é "incidental" a mediação quando tentada no curso da demanda judicial, tal como pode ocorrer na audiência inicial de autocomposição, prevista no procedimento comum do CPC, a se realizar logo na fase postulatória do processo.

Assim como ocorre com a conciliação, a mediação é viável quando o litígio envolve matéria que admita transação. Ou seja, os direitos considerados disponíveis, ou aqueles que, apesar de tidos por indisponíveis, comportam, em certa medida, alguma sorte de transação. Ao contrário, quando se trata de direito absolutamente indisponível, não há que se cogitar dessa forma de solução.

2.2.3. Heterocomposição

Heterocomposição, como vimos, é o método de solução das controvérsias em que o resultado não é construído e definido pelos próprios envolvidos, mas sim imposto por um terceiro encarregado de decidir a controvérsia. Esse terceiro será o árbitro, caso se trate de procedimento arbitral, ou o juiz togado, na hipótese de o litígio ser encaminhado por um dos envolvidos para solução pela via judicial.

Quando o resultado é obtido pela heterocomposição, a solução tem caráter impositivo, definido por um terceiro, e terá de ser acatada pelas

partes, sem prejuízo, claro, da interposição de eventual recurso cabível, quando se tratar de solução judicial. Na arbitragem, a sentença proferida é, em regra, irrecorrível.

Na heterocomposição, a solução do litígio é terceirizada, porque não é definida pelas partes, mas imposta por alguém que assume essa missão. Diferentemente da autocomposição, em que ambos devem sair ao menos razoavelmente satisfeitos com o resultado, na heterocomposição emergem as figuras do vencedor e do perdedor, posto que, habitualmente, uma das partes sai satisfeita com o resultado, a outra insatisfeita. Não se descarta, por certo, que ambas fiquem contrariadas com o resultado.

2.2.3.1. Arbitragem

A arbitragem é uma forma de solução do conflito fora da esfera do Poder Judiciário, realizada por opção das partes, que escolherão um terceiro (ou terceiros) imparcial para solucionar a controvérsia. Tem-se, nessa hipótese, a solução do litígio por um julgador privado, o árbitro, embora a sentença proferida constitua título executivo judicial, tal como estabelece o art. 515, VII, do NCPC.

É verdade que o Brasil assistiu, nos últimos anos, a um desenvolvimento muito grande desse método de solução das controvérsias, mas não menos certo que a arbitragem está muito longe de ser uma novidade no mundo civilizado.

Quando o desenvolvimento das sociedades afastou a autotutela como método violento de solução das controvérsias, a arbitragem se apresentou como um dos primeiros meios civilizados de resolver litígios. Ocorreu que, com o tempo, com o desenvolvimento do Poder Judiciário Estatal, a arbitragem acabou sendo menos utilizada, para mais recentemente recuperar seu importante espaço e prestígio.

No Brasil, impulsionada pela nova disciplina trazida pela Lei 9.307/1996, bem como por certo descrédito na capacidade de o Poder Judiciário resolver bem os litígios que lhe são apresentados, em tempo razoável e com qualidade, a utilização da arbitragem sofreu forte desenvolvimento.

Na arbitragem, diferentemente do que ocorre na mediação ou na

conciliação, o resultado é imposto não por um juiz togado, mas por um terceiro escolhido pelos próprios litigantes. Árbitro ou árbitros, já que pode ser mais de um, desde que em número ímpar.

Em relação à justiça estatal, são apontadas algumas vantagens que podem servir de incentivo para a procura dessa forma de solução dos litígios: (a) celeridade, uma vez que a Lei de Arbitragem fixa o prazo de seis meses para que seja proferida a decisão, salvo se outro prazo for estabelecido pelas partes e árbitro; (b) informalidade procedimental, pois a lei estabelece poucas regras, com o claro objetivo de permitir que sejam definidas pelas próprias partes; (c) sigilo, diferentemente da publicidade própria do processo judicial, o que pode ser do interesse das partes litigantes; (d) especialidade, na medida em que permite que a decisão do litígio seja atribuída a quem tenha efetivo conhecimento sobre a matéria técnica em discussão.

Além do mais, se é certo que a arbitragem é método heterocompositivo de solução das controvérsias, não menos certo que, no curso dela, a autocomposição é fortemente incentivada pelos árbitros, o que é muitas vezes facilitado pelo procedimento mais informal, que pode acabar criando um clima mais amistoso e aproximando as partes litigantes. Sobre os detalhes a respeito da Lei de Arbitragem, remetemos o leitor para o Capítulo 9, especificamente item 9.7.

2.2.3.2. A jurisdição estatal, exercida através do processo

O fato de serem hoje em dia incentivadas as outras formas de solução dos litígios não importa desprestígio à jurisdição estatal, exercida pela via processual. Assim, se, de um lado, é desejável que as partes se empenhem em solucionar os conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário, de outro, é certo que o Estado se comprometeu a prestar tutela a quem dele solicitar. Nem mesmo a lei pode excluir do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF).

O exercício da função jurisdicional é complexo e a estrutura dos órgãos destinados a exercê-la, os princípios que a regem e os institutos fundamentais que a compõem precisarão ser estudados de forma paulatina, ao longo desta obra.

Por ora, lembremos que a atuação jurisdicional se faz através do que chamamos de processo. Como já mencionado no capítulo anterior, o processo é o instrumento, o método de trabalho para exercício da jurisdição. Esse exercício naturalmente exige regras, as regras do processo. As regras que compõem o chamado direito processual. É necessário, agora, identificar as diferenças entre o direito processual e o direito material, para, em seguida, tratarmos mais detalhadamente sobre o direito processual, incluindo sua evolução e divisão. É o que faremos nos dois próximos capítulos.

[1]Nesse sentido, ver Fernando Antonio Negreiros Lima, *Teoria geral do processo judicial*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

[2]Tradução livre do seguinte trecho: "[...] l'autotutela rischia di compromettere senza rimedio la pacifica convivenza sociale" (*Diritto processuale civile tedesco*, trad de Edoardo Ricci da 9ª edição alemã, Napoli: Morano, 1962, p. 16).

[3]Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 2008, p. 27.

[4]Idem, p. 28.

[5]Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

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

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[6]A audiência prévia de conciliação e saneamento, *Revista Jurídica Blumenau*, Editora Renovar,ano 1, n. 1/2, p. 171-183, jan./dez. 1997.

[7]Sobre conciliação ver, também, Capítulo 9, item 9.7.

[8]Sobre mediação ver, também, Capítulo 9, item 9.7.

3

DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

ANDREA BOARI CARACIOLA



Tivemos a oportunidade de constatar, nos capítulos anteriores, a ocorrência de conflitos e que, apesar da existência de normas disciplinando o convívio social, o que dirimiria tais conflitos, nem sempre essas são espontaneamente observadas, o que torna necessária existência de formas de solucionar os litígios.

Assim, sendo um ser social, para sobreviver o ser humano, para satisfazer as suas necessidades, é alcançado e suprido pelos bens da vida, bens estes que, por não serem inesgotáveis, conduzem aos conflitos de interesses, que precisam ser pacificados! Para manter as necessárias harmonia e convivência social é que existe o Direito que, ao regular a vida das pessoas, tem por objetivo regrar o convívio em sociedade e prescrever sanções para o descumprimento das normas.[1]

Entre as várias formas de solução dos conflitos de interesse que examinamos no capítulo precedente, temos a via do processo que precisamos estudar com mais vagar. Neste estudo devemos começar por estabelecer desde logo as relações entre as normas que disciplinam a convivência e as normas que regulam a forma de solução dos conflitos mediante a atuação do Poder Judiciário. No primeiro caso, falamos em direito material e, no segundo, em direito processual. Vamos detalhar agora essas diferenças e relacionamento, e, para isso, precisamos avançar um pouco mais no sentido da palavra processo.

Derivado do latim *procedere*,[2] o termo processo está adstrito à noção de procedimento realizado em contraditório,[3] sendo que suas raízes nos remetem à ideia de *marcha adiante*, caracterizando-se como movimento dialético[4] dirigido a determinado fim.

Exteriorizado pela observância de um procedimento que se traduz por um conjunto de atos logicamente coordenados, espera-se que dê a quem tem um direito tudo aquilo que tem o direito de obter.[5]

O processo é o instrumento colocado à disposição da jurisdição, pois dele se vale o órgão jurisdicional para solucionar de modo imparcial e justo o litígio submetido à sua apreciação, contando para tanto com ampla colaboração das partes em método de debate.

Dessarte, o direito processual tem por escopo instrumentalizar o direito material, surgindo como "o ramo da ciência jurídica que trata do complexo de normas reguladoras do exercício da jurisdição civil",[6] ou ainda como "o ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para a atuação do direito positivo nos casos concretos".[7]

De há muito o direito processual firmou-se como ciência autônoma, não mais se justificando o entrelace entre direito material e direito processual. Oskar von Bülow, jurista alemão, em obra publicada em 1868, *Die Lehre den Proceβeinreden und die Proceβvoraussetzungen – A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais* – já considerava o nascimento da ciência processual. Bülow foi responsável pela sistematização autônoma da relação jurídica processual entre os atores do processo, concebendo essa relação como absolutamente distinta e autônoma da relação de direito material.[8]

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar a coexistência do direito material e do direito processual, como ciências autônomas e, simultaneamente, interdependentes.

Comecemos aqui delimitando o conceito de direito material e, para tanto, voltamos nossa atenção aos primórdios da evolução histórica e social. Não é possível conceber uma vida em sociedade em que as pessoas não se relacionem: *Ubi homo ibi Jus!*

Vivendo e convivendo em grupo, em coletividade, estabelecemos as mais diversas espécies de relacionamentos que são absolutamente indispensáveis para atingirmos objetivos que seriam inatingíveis individualmente. Ocorre que inerente à vida em sociedade o conflito de interesses. Assim é que, objetivando harmonizar essa convivência, necessitamos de regras de como proceder, disciplinadoras do convívio social. O direito material consiste exatamente no conjunto dessas regras, criadas pelo Estado, disciplinadoras da vida do homem na sociedade, regendo relações jurídicas em razão do interesse que o Estado tem na observância da forma como nascem, como se desenvolvem e como se extinguem.

Daí o conceito segundo o qual 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.)".[9]

Importante ressaltar que nem todas as relações sociais são objeto de interferência estatal, o que implica o fato de que nem todas as relações sociais são regradas pelo Estado e não se confundem com as relações jurídicas. Existem em sociedade outras relações: de cortesia, de urbanidade, de religião, de etiqueta, de amizade etc. Essas são relações meramente sociais, não jurídicas! Suas regras disciplinadoras não foram criadas pelo Estado, mas sim pelo grupo social no qual se aplicam, ou seja, pelo círculo de amigos, pelos seguidores de determinada religião, pelos moradores de um condomínio, pelos sócios de um clube etc. No entanto, não há como fugir da intersecção entre as regras tipicamente sociais e as regras jurídicas, de forma que os regramentos sociais tendem a transformar-se em regras jurídicas, como o que ocorreu recentemente com o instituto da união estável, das uniões homoafetivas etc.

Já no que diz respeito ao conceito de direito processual, a doutrina não é unânime na apresentação de uma definição. Quando aprofundamos a pesquisa sobre o tema e mergulhamos em estudo buscando referências na

doutrina italiana, a que mais influencia o direito brasileiro, encontramos alguns conceitos, dentre os quais permitimo-nos citar: “ramo da ciência jurídica que estuda a disciplina do processo”;[10] “ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico”.[11]

Quando voltada nossa atenção para a doutrina brasileira, interessante a ponderação de Alexandre Freitas Câmara,[12] para quem, muito embora seja extremamente difícil delimitar um conceito de direito processual, essa definição deve compreender dois elementos importantíssimos: ciência e norma! Para o doutrinador, o direito processual é “o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional”.

O direito processual, ramo da ciência jurídica, portanto, é composto por um conjunto de normas e princípios que disciplinam a solução dos conflitos sociais a partir de um método de trabalho, dialogado, colocado pelo Estado à disposição dos interessados em solucionarem crises no plano material, daí surgindo a relação de instrumentalidade: o direito processual é um instrumento a serviço do direito material!

Denomina-se direito processual o conjunto das regras estatais que disciplinam, não a vida das pessoas na sociedade, mas sim o modo de atuação da função jurisdicional, o modo de exercício do direito de ação e do direito de defesa e a forma do desenvolvimento dessa função pacificadora por meio do processo, concebido como um instrumento que resume essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições.[13]

Podemos então pontuar o direito material como o conjunto de regras elaboradas pelo Estado que disciplinam as relações jurídicas entre as pessoas na sociedade e em relação aos bens da vida. De outro lado, o direito processual é o conjunto de regras, também elaboradas pelo Estado, que disciplinam o exercício da jurisdição pelo Estado, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Interessante e importante ainda sublinhar o caráter instrumental do direito processual, visto que os seus institutos fundamentais, compreendidos pela jurisdição, ação, defesa e processo, visam garantir o direito material, ainda de que forma impositiva e coercitiva.

Isso significa que, não obstante o direito material e o direito processual caracterizarem-se como ciências autônomas e estarem em planos distintos,

nítida a interdependência entre ambos!

Isso significa que um complementa o outro, não havendo cogitar-se em relação hierárquica entre eles, mas sim uma relação circular. O direito material projeta, faz planos, idealiza uma sociedade justa e igualitária. O direito processual põe isso em prática, na medida em que se complementam. Há uma relação de complementaridade, não de subordinação ou hierarquia entre o direito material e o direito processual, isto porque se faz necessário conceber o processo à luz do direito material.

O direito material se realiza por meio do processo. No entanto, o direito material também serve o processo, delimitando o conceito, o projeto e o sentido: essa relação de cíclica complementaridade foi por Carnelutti denominada de "Teoria Circular dos Planos do Direito Material e do Direito Processual".[14]

Importante mencionar, ainda, que, embora as normas de direito processual se concentrem predominantemente em diplomas legais do tipo "Código de Processo" e as de direito material em estatutos legais do tipo "Código Civil", não é a localização que define se a norma é material ou processual.

As normas de direito processual civil, portanto, não se resumem àquelas positivadas no NCPC. Há inúmeras normas processuais esparsas, leis extravagantes que, inclusive, além de poderem disciplinar normas de conteúdo processual, podem veicular normas de conteúdo civil, administrativo etc. Podemos aqui citar, exemplificativamente, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, a Lei do Mandado de Segurança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locação, entre outras.

Importante aqui sublinhar a instrumentalidade que caracteriza uma norma de natureza processual, que está a serviço do comando de direito material, tendo em vista atuar diante do descumprimento do comando objetivo e imperativo das normas de direito material.

Como bem pondera Milton Paulo de Carvalho, "*o que caracteriza a regra como de direito material ou de processo é a sua matéria e a sua finalidade, esteja ela no corpo de leis em que estiver*".[15] Assim, podemos encontrar normas de direito material no próprio Código de Processo enquanto temos normas de direito processual inseridas no Código Civil (como algumas referentes a provas, por exemplo). Isso sem contar os diplomas legais que

naturalmente são construídos de forma heterogênea, isto é, contemplando propositadamente capítulos dedicados a normas de direito material e capítulos dedicados a normas de direito processual. É o caso da Lei de Locações, do Código de Defesa do Consumidor e tantos outros.

Compreendida, assim, na essência, a diferença entre direito material e direito processual, vamos agora nos concentrar no exame do objeto do nosso estudo. Vamos aprofundar o estudo do direito processual, começando por examinar sua evolução, posição no sistema jurídico e divisão. É o que faremos no capítulo seguinte.

[1]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 35.

[2]O termo processo tem suas raízes etimológicas adstritas às noções de caminhar para frente, ir adiante, marcha adiante. Derivado do latim *procedere*, faz referência a algo que se processa e se desenvolve no tempo e no espaço.

[3]"É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os 'litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral', está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual." ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288.

[4]Assevera Athos Gusmão Carneiro que "O processo é instrumento indispensável à paz social, pela *composição justa* das lides, ou seja, pela composição (ou melhor, pela *eliminação*) das lides mediante a exata aplicação do direito material. Desenvolve-se o processo dialeticamente, expondo-se nele o contraste entre os interesses dos litigantes, empenhado cada qual em convencer o juiz da justiça das respectivas pretensões". CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

[5]Pertinente a afirmação de Chiovenda*: "Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"*. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, 1930. vol. I, p. 110.

[6]THEODORO JUNIOR. *Curso de direito processual civil*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I, p. 2.

[7]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. I, p. 5.

[8]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.

[9]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

[10]MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 1995. v. I, p. 8.

[11]LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I, p. 3.

[12]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2012. v. I., p. 7.

[13]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

[14]ZANETI JR., Hermes. Teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). In: *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Organização de Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 15.

[15]*Teoria geral do processo civil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 26.

4

DIREITO PROCESSUAL

ANDREA BOARI CARACIOLA

4.1. CONCEITO E DENOMINAÇÃO

No Capítulo 3, fixamos o conceito de direito processual como o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, agregando ao conceito de direito processual dois elementos indissociáveis: ciência e norma. Assim, "A ciência do Direito não tem vida própria se distanciada das normas jurídicas, da mesma forma que a análise das normas jurídicas é impossível sem que se conheça a ciência. O Direito Processual é, pois, ciência e norma, e assim deve ser estudado".[1]

Ultrapassada a questão conceitual, se nos afigura importante, agora, tecermos algumas considerações sobre a denominação, posição enciclopédica e evolução científica do nosso objeto de estudo: o direito processual!

Compreendido o direito como ciência da palavra, não se há questionar o liame entre direito, língua e linguagem, porquanto todos eles se caracterizam por serem fenômenos sociais, normativos, evolutivos e dinâmicos. Realizado o processo comunicacional por meio da linguagem, a eficiência do processo comunicacional depende, notadamente, do correto e adequado uso e emprego das palavras.[2]

A linguagem consiste, pois, no prolongamento dos conceitos. Neste sentido, a clareza das ideias está intimamente relacionada à correta seleção lexical e exata delimitação conceitual dos termos e palavras empregadas,

elementos estes que contribuem para o sucesso do processo comunicacional.[3]

Analisada a questão terminológica em perspectiva história, podemos identificar diversos nomes atribuídos ao que hoje se conhece como direito processual. Mais, na perspectiva acima sublinhada, quanto à importância da linguagem para a exata compreensão dos institutos, o estudo da evolução das nomenclaturas dadas ao hoje chamado “direito processual”, servem para que possamos identificar as fases de desenvolvimento da processualística.[4]

No século XI eram empregadas as expressões “práticas” ou “praxes”, a revelar a limitação do estudo da matéria ao aspecto pragmático da solução do conflito, sem qualquer análise ou preocupação científica. Posteriormente adveio a nomenclatura “direito judiciário”, a destacar a figura do juiz: apesar de ser um termo mais técnico, ainda era insuficiente, uma vez que, por ter um significado amplo, abrange temas que vão além do direito processual em si, como, por exemplo, a organização judiciária. Finalmente, em meados do século XIX, por influência da doutrina alemã, surge o termo “direito processual”, amplamente empregado pela doutrina.[5]

4.2. EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E AUTONOMIA

Por ser uma ciência viva, dinâmica, o direito processual está em constante evolução, e por que não dizermos constante “revolução”, devendo se adaptar às mudanças que a própria sociedade aperfeiçoa de tempos em tempos, o que nos faz entender as alterações legislativas pelas quais passou e passará o direito processual civil, como também nos faz entender a necessidade de um novo Código de Processo Civil. Havendo evolução social, consequentemente deverá haver a evolução do Direito e, assim, do processo como um todo.

Dessa forma, abordar a autonomia do direito processual exige do estudioso do processo uma investigação acerca da sua evolução como ciência do direito, evolução esta que pode ser, didaticamente, dividida em fases: a primeira, denominada fase imanentista, também denominada sincretista; a segunda, fase científica e, por fim, constituindo a terceira e última fase, na qual hoje nos encontramos, fase instrumentalista ou teleológica. É o que nos propomos a estudar neste tópico.

No período do sincretismo processual, também denominado de fase imanentista, o sistema processual era visto como simples fração do direito privado, desprovido de qualquer autonomia. Nessa fase, o direito processual não era entendido como uma ciência jurídica, porquanto os conhecimentos eram pura e simplesmente empíricos, despidos de qualquer fundamentação principiológica, inexistentes conceitos próprios ou ainda um método científico para sua investigação. O processo, definido como sucessão de atos para o exercício de direitos, era decodificado a partir de sua exteriorização por meio de uma realidade física perceptível aos sentidos, se confundido com a ideia de procedimento. Nessa fase, sequer era captada a relação jurídica processual existente entre os sujeitos do processo, tampouco havia a compreensão da relevância do contraditório.[6] Essa fase ficou conhecida pela negação à autonomia científica do direito processual, marcada que fora por atuações praxistas ou procedimentalistas, de forma que os juristas daquela época concentram seus esforços na análise das formas processuais, concebido o processo como mera sequência de atos processuais.[7]

A partir de 1868, ano da publicação pelo jurista alemão Oskar von Bülow de sua obra clássica *Die Lehre den Proceβeinreden und die Proceβvoraussetzungen – A Teoria das exceções processuais e os pressupostos Processuais* –, teve início a segunda fase do direito processual, desenvolvendo-se a teoria do processo como relação jurídica.

O direito processual passou então a ser considerado ciência, ramo autônomo do direito, demonstrada a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos do processo, relação esta distinta daquel'outra de direito material litigiosa. A partir daí iniciou-se a fase científica do direito processual, na qual proliferaram os estudos destinados à fixação de conceitos próprios da ciência processual, permeada por categorias específicas, tais como: jurisdição, ação, defesa e processo. Essa a fase da autonomia da ciência processual em relação ao direito subjetivo substancial, na qual podemos identificar o surgimento dos maiores processualistas da história: Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, James Goldschmidt, Jaime Guasp, Alfredo Buzaid, Moacyr Amaral Santos, dentre outros.[8]

Compreendida e superada a autonomia processual, os processualistas começaram a se preocupar com a necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, de sorte a ultrapassar o extremo tecnicismo de até então, sendo inaugurada a terceira fase evolucionista do

direito processual: a fase instrumentalista, também denominada fase teleológica do processo.[9]

Nessa terceira e última fase, na qual ora nos encontramos, os processualistas identificaram que o processo, embora autônomo, tem uma finalidade e, nesse sentido, se constitui técnica de pacificação social, motivo pelo qual não pode se desvincular da ética nem de seus objetivos a serem cumpridos nos planos metajurídicos: social, econômico e político. Desta forma, o direito processual deve privilegiar a importância dos resultados advindos do exercício da função jurisdicional, valorizando a relação de instrumentalidade entre direito processual e direito material.[10]

Novas premissas metodológicas foram lançadas para o estudo do direito processual, destacando-se o neoconstitucionalismo, método que reforça o estudo do direito processual à luz da força normativa da Constituição e da realização dos direitos fundamentais, de forma a apontar para o futuro uma nova fase evolucionista, a do "neoprocessualismo", que propugna o estudo do direito processual à luz do neoconstitucionalismo.[11]

O fenômeno da constitucionalização do processo, ao ressaltar o caráter publicístico do processo, supera a sua dimensão puramente técnica e socialmente neutra, de forma a evidenciar a questão do acesso à Justiça e da técnica processual direcionadas a uma finalidade social: pacificação com Justiça.

Assim, fácil constatar, na atual fase evolutiva e científica do direito processual, a opção metodológica pelos estudos do processo a partir do suporte constitucional, de sorte que a doutrina nos remete à existência de um direito processual constitucional, que condensa e reúne os princípios constitucionais do processo.

O direito processual civil, ciência de autonomia indiscutível, mantém afinidades e relações plúrimas com os demais ramos do direito, sendo certo que sua imbricação com o direito constitucional é marcante e intensa, a evidenciá-lo como base fundamental,[12] surgindo nesse contexto a sistematização da tutela constitucional do processo, que impõe o aperfeiçoamento do sistema jurídico a partir dos princípios constitucionais. É nessa medida que afirma José Roberto dos Santos Bedaque: "A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios".[13]

Nesse cenário, acentuada se nos afigura a preocupação da nossa atual Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, valores estes que exsurgem como imperativos na edificação social.

Desta forma, considerando-se que toda Constituição há de ser interpretada como uma unidade sistêmica, podemos afirmar que a nossa atual Carta Política elege a dignidade humana como valor essencial a informar a ordem constitucional, sendo certo que é nesse contexto que se impõem a observação e o estudo da tutela constitucional do processo: o processo deve ser entendido, pois, como instrumento de exercício da cidadania, adequado e apto à pacificação social!

Com a Constituição de 1988, o processo, informado pelo "modelo constitucional", é regido pelo conjunto principiológico que envolve o devido processo legal, princípio-mãe do sistema e que contém em si os princípios do acesso à Justiça, de sorte a abarcar os princípios da ação e da defesa, publicidade, legalidade, motivação e isonomia, dentre outros, que serão objeto de análise no Capítulo 6.[14]

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: "Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou Direito processual constitucional e que consiste na 'condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo'. A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e igualdade, que ao final são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade)".[15]

4.3. POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA

Já estudadas as fases evolutivas do direito processual e reconhecida a sua autonomia, resta-nos enquadrar o direito processual face às duas famílias do direito: direito público e direito privado.

Não se há questionar o enquadramento do direito processual como ramo do direito público, indubitável, pois, a natureza pública desse ramo da ciência jurídica!

Não obstante a interface do direito processual com todos os ramos da "árvore jurídica" (direito administrativo, direito civil, direito penal etc.), é com o direito constitucional que podemos identificar uma inter-relação mais densa.

O direito constitucional estabelece aos fundamentos do direito processual, na medida em que institui o Poder Judiciário, cria os órgãos jurisdicionais que o compõem, assegura as garantias da Magistratura, como de resto também fixa princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça e a garantia do devido processo legal.[16]

Questiona-se se, com a Constituição de 1988, cessou o ciclo de estudos sobre a Teoria Geral do Processo. Heitor Sica, em obra sobre as "Perspectivas atuais da 'teoria geral do processo'", afirma existirem elementos "quase" suficientes para isso: "Partindo das constatações mais seguras para as mais irresolutas, não podemos negar a importância histórica da construção original da teoria geral do processo (assentada na aproximação entre processo civil e penal), sobretudo para a evolução do estudo do Direito processual civil. Entretanto, conseguimos reunir elementos suficientes para afirmar o (quase) esgotamento dessa utilidade, especialmente após a Constituição de 1988".[17]

Significa que, não obstante a sensível diminuição da utilização de uma Teoria Processual geral, ainda existe uma base comum. Os Direitos processual civil, penal, administrativo, trabalhista, tributário, entre outros, possuem, inegavelmente, bases constitucionais que os permeiam. Nesse sentido, a preleção de Nelson Nery Junior: "A Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas. Regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica".[18]

4.4. UNIDADE E DIVISÃO

Em sendo expressão do poder do Estado soberano, a jurisdição é una, de sorte a não comportar divisões, tendo em vista a preservação da soberania.

Assim, a jurisdição é tão una e indivisível quanto o poder soberano do Estado. Por esse mesmo motivo, uno também é o direito processual.[19] Daí se falar em uma "teoria geral do processo".[20]

Não obstante essa unidade, o direito processual decorre, como um todo, dos princípios e garantias constitucionais, exsurgindo a *(aparente)* divisão e bifurcação entre processo civil e processo penal, apenas para fins práticos relacionados à natureza da norma que será aplicada e realizada pelo Estado: normas jurídico-substanciais de natureza penal ou normas jurídico-substanciais de natureza extrapenal.[21]

Tanto isso é verdade que os principais institutos do direito processual, jurisdição, ação, defesa e processo,[22] são comuns tanto ao direito processual civil quanto ao direito processual penal. Mais, os conceitos de coisa julgada, recurso, preclusão, contraditório, dentre outros, são iguais, qualquer que seja o campo do direito processual: civil ou penal.[23]

Por seu turno, a influência do processo civil é grande em relação ao processo eleitoral e processo do trabalho. Nesse contexto, aplica-se de forma supletiva e subsidiária o Código de Processo Civil ao processo do trabalho e ao processo eleitoral.[24]

[1]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. I, p. 7.

[2]CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

[3]CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

[4]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52.

[5]Citamos aqui: Giuseppe Chiovenda, Enrico Tulio Liebman, Humberto Theodoro Junior, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

[6]DONIZETTI, Elpídio. Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo. *Jusbrasil*. Disponível em:

<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>. Acesso em: 26 nov. 2015.

[7]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. I, p. 11.

[8]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. I, p. 11.

[9]CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. I, p. 11.

[10]DONIZETTI, Elpídio. Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo. *Jusbrasil*. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>. Acesso em: 26 nov. 2015.

[11]DONIZETTI, Elpídio. Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo. *Jusbrasil*. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>. Acesso em: 26 nov. 2015.

[12]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19-21.

[13]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

[14]Assevera Rogério Aguiar Munhoz Soares que a Constituição Federal de 1988 respondeu às novas demandas sociais, econômicas e políticas. Criou e inovou o ordenamento jurídico, erigindo como cláusulas pétreas, ou seja, núcleos constitucionais intangíveis, o devido processo legal bem como o acesso à Justiça e, ainda, fortaleceu a tutela jurídica, haja vista a criação de novos remédios constitucionais, tais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*. SOARES, Rogério Aguiar

Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

[15]DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25-26.

[16]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

[17]SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da "teoria geral do processo". In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases científicas para um renovado direito processual.* 2. ed. Salvador: JusPodium, 2009. p. 55.

[18]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 38.

[19]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160.

[20]Trata-se de posição doutrinária que prevalece em nosso país. Contudo, há autores que não concordam com essa visão, afirmando que existem sensíveis distinções entre processo civil e penal, de modo que não seria possível se falar, portanto, em uma "teoria geral" que englobasse os dois ramos (nesse sentido, o expoente dessa crítica é TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

[21]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 54.

[22]Ver capítulo 8.

[23]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 54.

[24]CPC/2015, art. 15. Apesar de esse artigo específico não se referir ao processo penal, é pacífico o entendimento da aplicação do CPC de forma subsidiária ao CPP – como, por exemplo, em relação à parte de recursos para os tribunais superiores.

5

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

LUIZ DELLORE

5.1. INTRODUÇÃO



Como visto no Capítulo 2, a evolução da solução dos conflitos se deu por diversas formas, ao longo dos séculos. Inicialmente havia a autotutela, posteriormente a autocomposição, seguida pela antiga arbitragem (inicialmente facultativa, depois obrigatória), para então se chegar à jurisdição – seguida pelas ADRs (*Alternative Dispute Resolutions* – formas alternativas de resolução do litígio) ou MASCs (meios alternativos de solução dos conflitos).

E a evolução do direito processual, por certo, acompanhou a evolução da

forma de solução da lide. E, com a jurisdição, temos o auge do direito processual.

O presente capítulo irá expor – de modo panorâmico, em relação aos principais aspectos – como se deu a formação e evolução do direito processual brasileiro, sendo que, neste momento, estamos em uma fase relevante, com um novo Código de Processo Civil aprovado em 2015 e em vigor desde março de 2016.

Mas o direito processual brasileiro não tem origem exclusiva em nosso país. Considerando o contexto histórico pátrio, recebemos os influxos de outros sistemas estrangeiros para, a partir daí, desenvolvermos um sistema próprio brasileiro.

A principal influência processual brasileira, por certo, decorre da Europa, considerando a colonização portuguesa. Por essa razão, por longo período foi aplicada no Brasil a legislação de Portugal.

Mas, exatamente como se verifica no Brasil, o direito português também teve influência de outros modelos. A legislação portuguesa foi sensivelmente influenciada pelo direito romano e pelo direito canônico – além de influência bárbara, principalmente dos visigodos.

Assim, temos que o Brasil pode encontrar suas origens (legislativas em geral e processuais em particular) no âmbito do direito romano, canônico e lusitano. Assim, haverá a breve análise desses sistemas separadamente. Na sequência, será possível proceder ao estudo específico da evolução do processo no Brasil.

Conhecer um pouco dessa história auxilia a compreensão do sistema processual atual, de seus problemas e a tentativa de sua melhoria.[1] Afinal, “o presente melhor se esclarece quando se vai buscar as suas raízes, situadas no passado”.[2] Não se trata, portanto, de um estudo desprovido de relevância.

Apenas um alerta: aqui se estuda a evolução do processo, desde Roma até o Brasil. Em relação à evolução do processo como ciência no âmbito mundial (ocidental), é suficiente destacar os três períodos antes expostos (sincretista, autonomista e teleológico[3]).

5.2. ANTECEDENTES: PROCESSOS ROMANO, BÁRBARO, CANÔNICO E

LUSITANO

5.2.1. Processo romano

De início, vale destacar que não é possível falar em apenas um único direito romano. Isso porque, considerando a duração da dominação romana, por óbvio ocorreram evoluções e modificações. Convenciona-se denominar por direito romano aquele aplicável desde o século VII a.C. até o século VII d.C.[4]

Costuma-se reconhecer a existência de três períodos ou sistemas no âmbito da história do processo romano,[5] a saber:[6]

> i) período das ações da lei (*legis actiones*);
> ii) período do processo formular (*per formulas*);
> iii) período da cognição extraordinária (*cognitio extra ordinem*).

Nos dois primeiros sistemas (que compreendem o *ordo judiciorum privatorum*), o procedimento era dividido, inicialmente realizado perante o magistrado (fase *in jure*) e, posteriormente, perante o *judex* (sujeito sem vínculo estatal – fase *apud judicem*); ao passo que na *cognitio extraordinaria* o procedimento ocorreria somente perante um funcionário estatal.

No primeiro período,[7] as ações da lei eram cinco, sendo que três, em linguagem moderna, seriam de conhecimento[8] (para se discutir o titular do direito) e duas executivas[9] (para a satisfação de direito já reconhecido).

Nesse primeiro período, as regras procedimentais eram pouco desenvolvidas, muito formais e dependiam do uso de determinadas palavras, solenes (assim, era um procedimento oral). Com essas características, havia dificuldade na sua aplicação, de modo que aos poucos foi sendo deixada de lado.

O segundo período (formular)[10] caracterizava-se pelo fato de que, na fase inicial (*in jure*), uma fórmula (documento) era entregue às partes – tem-se, portanto, um procedimento escrito. A fórmula tinha quatro partes:

> i) *demonstratio*, que trazia a causa da demanda;

ii) *intentio*, que trazia a pretensão ou o pedido do autor;
iii) *adjudicatio*, que possibilitava ao magistrado entregar (adjudicar) o objeto do litígio a uma das partes;
iv) *condemnatio*, que dava ao magistrado a possibilidade de condenar ou não.

O terceiro período (*cognitio extra ordinem*)[11] é o da cognição extraordinária, pois se opõe à cognição ordinária (o *ordo judiciorum privatorum*, existente nos dois sistemas anteriores, como já dito).

Esse sistema é o que seria mais próximo do que hoje conhecemos como jurisdição. Isso porque não há a bipartição das fases (*in jure* e *apud judicem*), pois já se está diante do magistrado escolhido pelo Estado, não mais alguém escolhido pelas partes.

Isso demonstra como o processo deixa de ser um ato de vontade entre as partes (feição privatista dos períodos anteriores), para se tornar algo ligado ao Estado (feição publicista) – dessa forma, não há mais a fórmula, como no sistema anterior.[12] Nessa fase, também, é que surge o recurso de apelação.

5.2.2. Processo bárbaro (visigótico) e canônico

Com as invasões bárbaras, houve o rompimento da dominação romana na Europa. Quanto aos invasores da Península Ibérica, merecem destaque, entre outros, os visigodos.

Em que pese a queda de Roma, a influência romana não deixou de se sentir em Portugal – afinal, foram cerca de oito séculos de dominação da Península Ibérica. Assim, após a queda de Roma e com as invasões bárbaras, o que se verificou foi um sincretismo entre a cultura romana e a cultura bárbara.[13]

E isso se sentiu também no direito. Tanto é assim que nessa época houve a compilação de diversas leis romanas, porém acrescidas de costumes bárbaros. Como exemplo, a *Lex Romana Visigothorum* (ou Breviário de Alarico), de 506 e o Código Visigótico (ou *Fuero Juzgo*[14]), de 671.

Quanto ao Código Visigótico, Marcello Caetano afirma que:[15]

> “[…] é um dos mais notáveis monumentos jurídicos da Idade Média. Nele se reflete a fermentação social resultante do encontro e da fusão de influências díspares: a influência eclesiástica, a influência romana, a influência germânica.”

No final do século VII começam graves crises no Reino Visigodo, sendo que nesse período houve um surto de peste bubônica e fome, dizimando parte da população. Era o prenúncio de que o ciclo bárbaro estava próximo do fim. Por volta do ano de 711, veio a invasão dos muçulmanos, de origem árabe, que em cerca de cinco anos conquistam praticamente toda a Península Ibérica.

Logo após a conquista muçulmana, já teve início a reconquista cristã – que durou longos sete séculos.[16] A reconquista passou a ser o grande objetivo dos reinos cristãos. Assim, com o fito de libertar a Península Ibérica dos árabes, nobres de diferentes regiões participaram das lutas. Dom Afonso Henriques apresenta-se como primeiro rei de Portugal, em 1140. E foi assim reconhecido pelo Papa Alexandre III. Nasce, então, o reino português.

Em 1249 há a reconquista da região do Algarve (sul da Península Ibérica), sendo que então Portugal obtém os limites territoriais que até hoje possui.[17]

Por seu turno, quanto ao direito canônico, era aplicado não só por tribunais eclesiásticos, mas também por tribunais seculares[18] – tanto com competência relacionada a bens da Igreja ou a clérigos quanto com aplicação à solução dos demais conflitos – de forma supletiva.[19]

O processo canônico, considerando sua aplicação eclesiástica, tem por finalidade a “salvação das almas”,[20] e não a solução de um conflito.

O processo canônico foi mais um dos elementos que deram origem à família do direito romano-germânico e, entre os seus caracteres, que influenciaram o processo secular, vale destacar o seguinte:[21]

> – a importância do processo, e de ser escrito;
> – o libelo (petição inicial dirigida ao juiz) ser escrito;
> – divisão do processo em fases;
> – diante do problema da morosidade, a criação de um processo sumário, mais simples, para casos específicos – além do processo formal e solene;

– direção do processo pelo juiz, que pode ouvir as partes em qualquer momento, buscando a composição;
– no tocante às provas, o fim da ordálias[22] e a realização de perícia, quando necessária;
– o *advocati pauperum*, que atendia os carentes, órfãos e viúvas.

Considerando que a formação de Portugal passou pelo reconhecimento da Igreja, é natural que houvesse essa correlação entre o Reino Português e a Igreja, o que contribuiu para que houvesse a influência do processo canônico no lusitano. É o que se verá no tópico seguinte.

5.2.3. Processo lusitano

Finda a reconquista, expulsos os muçulmanos e fixadas as fronteiras, a preocupação do reino de Portugal deixa de ser a guerra. Tem início o período de consolidação do Estado Português. Neste momento, ganha força a produção legislativa em Portugal, em diversas leis esparsas, que tratavam de diversos temas.

Mas a produção legislativa de modo não sistematizado acarretava a existência de conflitos entre as diversas normas. Diante disso, surgiu a necessidade de uma compilação legislativa.

É nesse contexto histórico que surgem as Ordenações do Reino de Portugal, “monumentos jurídicos”, que podem ser entendidos como os primeiros códigos europeus.

Portugal elaborou três Ordenações: Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). A seguinte sempre tomava por base a anterior.

As Ordenações eram divididas em cinco livros, e cada qual tratava de um assunto específico:

Livro I: administração pública;
Livro II: igreja;[23]
Livro III: ordem judiciária e processo;
Livro IV: direito civil;
Livro V: crimes.

Ou seja, no mesmo diploma havia a regulamentação do direito civil e penal, bem como do direito processual.

As Ordenações Afonsinas[24] merecem destaque pelo ineditismo. Não obstante seu relevo, seu tempo de vigência foi curto. Além disso, considerando as dificuldades de divulgação – não havia imprensa à época, daí a necessidade de se copiar de forma manuscrita livro por livro – o texto não se tornou muito conhecido.

As Ordenações Manuelinas[25] foram efetivamente concluídas e tiveram sua vigência em 1521.[26] Um dos principais fatores que estimularam a criação desta nova compilação foi o surgimento da imprensa, o que facilitaria muito a divulgação de diplomas legislativos.

Uma distinção relevante em relação às Ordenações Afonsinas é que as Manuelinas foram integralmente redigidas em estilo decretatório – ou seja, a redação dos artigos é semelhante ao que se vê hoje em nossos diplomas legislativos.

Considerando a quantidade de novas leis extravagantes após as Ordenações Afonsinas e, também, por questões políticas, no final do século XVI surge a necessidade de uma nova compilação.[27] Nesse contexto, em 1603 são editadas as Ordenações Filipinas.[28]

O que é importante destacar ainda a respeito das Ordenações Filipinas é sua longevidade. Foi aplicada por longo período no Brasil, anos após a Independência brasileira – sendo que somente com o Código Civil de 1916 é que foi totalmente revogada em nosso país.

Assim, o diploma esteve vigente por mais de dois séculos – tempo muito superior às suas irmãs, Ordenações Afonsinas (1446-1514) e Manuelinas (1514/21-1603).

5.3. PROCESSO BRASILEIRO

Na descoberta do Brasil, em 1500, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas. Posteriormente, houve a aplicação das Ordenações Manuelinas e, principalmente, das Filipinas – que deixaram de ser aplicadas em Portugal antes do término de sua vigência no Brasil, como exposto no tópico acima.

Assim, quanto à legislação portuguesa aplicada no Brasil, sem dúvida

destacam-se as Ordenações Filipinas.

Apenas a partir da Independência é que passa a existir uma legislação própria brasileira.

Contudo, mesmo após 1822, por um período prosseguiu a aplicação das normas portuguesas, tendo em vista a necessidade de tempo para substituir a legislação portuguesa por normas brasileiras.

Nesse contexto, a Assembleia Constituinte de 1823[29] aprovou lei, em outubro daquele ano, estipulando que toda a legislação portuguesa (Ordenações, leis, regimentos etc.) seguiria vigente no Brasil. Assim, seguiu sendo aplicada, em matéria processual, o Livro III das Ordenações Filipinas.

Considerando que as Ordenações eram muito mais retrógradas em matéria criminal (admitia-se tortura, mutilação, degredo etc.), a primeira preocupação do legislador brasileiro após a Independência não foi no âmbito civil (e muito menos processual civil). Assim, em 1830 foi publicado o Código Criminal do Império.[30] Em 1832, houve a edição do "Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória ácerca da administração da Justiça Civil".[31]

Em 1850 é sancionado o Código Comercial.[32] Esse diploma previu o processo das "causas comerciais" (art. 22). E o art. 27 determinava que se editasse regulamento sobre a ordem do juízo no processo comercial particular. Assim, na esteira de tal Código, surge o Regulamento 737/1850,[33] que visava regulamentar o procedimento nas demandas envolvendo questões comerciais.[34]

O Regulamento 737 pode ser considerado o primeiro código processual brasileiro, na perspectiva cível. Porém, inicialmente, apenas as causas comerciais é que eram regidas pelo Reg. 737.[35] Assim, as causas cíveis continuavam a ser reguladas pelo Livro III das Ordenações Filipinas e por suas diversas alterações.

Considerando a profusão de normas processuais existentes, o Império determinou a realização de uma consolidação. Em 1876 passava a ter força de lei a Consolidação das Leis do Processo Civil (Consolidação Ribas,[36] que compilava toda a legislação processual então existente – para aplicação para as causas cíveis, reitere-se).

Por sua vez, com a Proclamação da República, por meio do Decreto 763/1890,[37] o Regulamento 737 passou a ser observado também para as

causas cíveis em geral. Só neste momento houve o efetivo fim da aplicação das Ordenações Filipinas no âmbito processual civil brasileiro.[38]

Além disso, a Constituição Republicana de 1891 – na esteira do modelo federativo norte-americano, como ocorreu com diversos outros aspectos – consolidou a criação de uma Justiça Federal (já antes criada pelo Decreto 848/1890).

Com isso, verificou-se a dualidade de Justiças e de processos. Assim, as causas em trâmite perante a Justiça Federal seriam processadas pelo Regulamento 737/1850, ao passo que as causas em trâmite perante a Justiça Estadual seriam regidas por Códigos de Processo de cada um dos Estados da Federação. Surgem, então, os Códigos de Processo estaduais.

No âmbito federal, houve nova consolidação de leis processuais em 1898 – referente à Justiça Federal, considerando alterações posteriores ao Reg. 737.

De seu turno, no âmbito estadual, alguns Estados logo editaram seus Códigos; outros demoraram algum tempo e houve os que sequer os editaram,[39] de modo que seguiu sendo aplicado nesses Estados, nas causas locais, o Regulamento 737/1850.

Entre os Códigos estaduais editados, merecem destaque os da Bahia, Minas Gerais e São Paulo.[40]

Eduardo Espínola foi o autor do projeto do Código de Processo da Bahia (Lei 1.121/1915), com influência de vários diplomas europeus. O Código de Processo Civil de Minas Gerais era semelhante ao Regulamento 737 (Lei 830/1922). O Código do Processo Civil e Comercial de São Paulo (Lei 2.421/1930) veio a lume somente na década de 1930, ou seja, 40 anos depois da possibilidade de codificação estadual.

Com Getúlio Vargas, houve maior concentração do Poder no âmbito da União. Nesse sentido, deu-se a unificação da legislação processual, ou seja, com o fim dos Códigos Estaduais.

Assim, a Constituição de 1934, em seu art. 51, XIX, *a*, determinava que era de competência exclusiva da União legislar sobre “direito penal, comercial, civil, aéreo e processual […]”.

Já o art. 11 das Disposições Transitórias de tal Constituição assim determinava:

> ‘‘O governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos dos Advogados, organizar, dentro em três meses, um projeto do Código de Processo Civil e Comercial, e outros para elaborar um projeto do Código de Processo Penal’’.

O prazo de três meses não foi observado. E a CF 1934 logo foi substituída pela CF 1937, que repetiu a regra constante na legislação anterior (art. 16, XVI).

Mas somente em 1939 é que foi editado um Código de Processo Civil, com aplicação nacional (CPC 39[41] – Decreto-lei 1.608/1939, com vigência a partir de 1º de março de 1940).

O autor do anteprojeto desse Código foi Pedro Batista Martins, que era advogado, tomando por base códigos europeus.[42]

Porém, o CPC 39 mostrou-se inadequado em relação à sua aplicação prática e logo começou a se falar em um novo CPC.

Alfredo Buzaid, desde a década de 1960, elaborava estudos para um novo Código. Surge, então, mais um Código de Processo Civil, nos anos 70, promulgado pela Lei 5.869/1973 (CPC 73,[43] com vigência a partir de 1º de janeiro de 1974).

Buzaid (advogado, professor e, posteriormente, durante o regime militar, Ministro da Justiça e do STF) foi discípulo do professor italiano Enrico Tullio Liebman – cujas ideias influenciaram diversos dispositivos do CPC 73.

Quando de sua elaboração, do ponto de vista técnico, foi apontado como um Código de elevado nível, com o tratamento científico das matérias. A sistematização do processo cautelar, por exemplo, foi consideravelmente inovadora.

Não obstante os elogios ao CPC 73, já a partir de 1973 o Código passa por alterações (leis que alteram aspectos pontuais do Código).

A Constituição de 1988 trouxe diversas normas processuais e uma nova visão de processo, com vários princípios processuais constitucionais.

Considerando a redemocratização, a CF 1988 e seus novos direitos, houve um grande aumento na busca pelo Judiciário (afinal, a Constituição

previa – e segue prevendo – diversos direitos, sem que o Estado brasileiro efetivamente os conceda).

Diante disso, com o aumento da litigância, aumenta a morosidade e surge a necessidade de se cogitar de novos instrumentos processuais.

Assim, a partir da década de 1990 a onda reformista se acelerou.[44] Por exemplo, com a inserção da figura da tutela antecipada, a modificação do agravo de instrumento e o aumento dos poderes dos relatores no âmbito dos tribunais (decisão monocrática). E, nos anos 2000, outra importante alteração ocorreu no âmbito do processo de execução, com a criação da fase de cumprimento de sentença.

Com todas essas reformas e, mesmo assim, a morosidade processual prosseguindo, começou a se cogitar de um novo Código. É o que se verá no próximo tópico.

5.4. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (NCPC)

Em outubro de 2009 foi nomeada comissão, pelo Senado, com onze juristas, para elaborar um anteprojeto de novo CPC[45] (presidida por Luiz Fux, então Ministro do STJ), no prazo de 180 dias.

Diante disso, a comunidade processual brasileira passou a acompanhar o tema. A Comissão propôs, inicialmente, audiências públicas para debater o Código em diversas cidades do Brasil – mas nas quais não houve a divulgação de um texto base.[46]

Em abril de 2010, um dos membros da comissão de juristas divulgou texto apontando a necessidade de mais prazo para que pudesse ser apresentado o anteprojeto.[47]

Apesar disso, o anteprojeto foi concluído pela comissão e, no último trimestre 2010, o texto foi enviado ao Senado (Projeto de Lei 166/2010).

De modo surpreendente, com pouco debate no Senado, o texto foi rapidamente aprovado, ainda em 2010, com poucas alterações em relação ao texto do anteprojeto.

Em 22.12.2010 o texto foi enviado à Câmara (PL 8.046/2010).

Em 2011, o projeto pouco avançou na Câmara.

Porém, em maio de 2011 houve uma iniciativa bastante interessante, um debate público, pela internet, organizado pelo Ministério da Justiça,[48] com participação de centenas de interessados.[49]

Ainda no primeiro semestre de 2011 foi publicada a primeira coletânea doutrinária a respeito do Novo Código, com diversos artigos na *Revista de Informação Legislativa* do Senado (*RIL*, abr./jun. 2011[50]).

No âmbito legislativo, o ano de 2012 foi mais ativo. No primeiro semestre, houve nova rodada de audiências públicas – agora com texto-base disponível – no âmbito dos Estados e em Brasília, na Câmara dos Deputados.

Além disso, a Comissão Especial elaborada na Câmara nomeou como relator-geral o Deputado Sérgio Barradas Carneiro e cinco sub-relatores, cada um para determinada parte do Código.

Quando o relatório estava próximo de ser concluído (entre março e abril de 2012), o relator – que era deputado suplente – deixou a Câmara, pois o titular assumiu a vaga.

Diante disso, foi nomeado outro relator,[51] que realizou mudanças no texto, o que adiou a conclusão do relatório.

No segundo semestre de 2012, nova modificação: o relator original regressa à Câmara e reassume a relatoria do projeto de NCPC. Assim, o relatório final, após novas alterações, é concluído. Diante disso, a partir de outubro, iniciou-se a tentativa de votação do relatório, no âmbito da Comissão Especial do NCPC na Câmara. Contudo, em virtude de divergências, isso não se realiza.

Em novembro, nova mudança na relatoria, saindo o relator original e voltando o que foi indicado para substituí-lo. Com isso, a votação do relatório foi adiada para 2013.[52]

No primeiro semestre de 2013 foram apresentadas algumas versões do relatório final,[53] mas ainda não se chegou a consenso para votação no âmbito da Comissão especial da Câmara.

Em julho de 2013, a doutrina processual encontrava-se dividida: alguns pediam mais debates e reflexões quanto ao texto, criticando a pressa na votação;[54] outros já diziam que a hora era de votação.[55]

Em 16 e 17 de julho, deu-se a aprovação do relatório no âmbito da Comissão Especial da Câmara. O passo seguinte no processo legislativo seria o debate e aprovação perante o Plenário da Câmara.

Apenas quando o texto já está nessa fase quase final, em 30.08.2013 é criada uma comissão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para discutir o Código – sendo que essa Corte será a responsável pela última interpretação do texto, do ponto de vista infraconstitucional.

Em novembro de 2013, após algumas alterações no texto aprovado na Comissão especial, há a aprovação, no plenário, do texto base do Novo CPC. Os pontos objeto de polêmica (os chamados destaques) ficaram para um momento posterior, diante da falta de consenso em relação a eles. E não se logrou votar em 2013.

No início de 2014 o assunto é retomado na Câmara e, em 26.03, com a votação final dos destaques, a versão final do Código é aprovada no Plenário.[56]

Com isso, tem-se o regresso do texto para o Senado (já que essa foi a Casa Legislativa que propôs o texto e considerando que houve diversas alterações no Código).

Ao longo do segundo semestre de 2014 houve seguidas tentativas[57] de votação do Código no Senado.

Quando muitos imaginavam que o Código não seria votado mais em 2014, em 16.12.2014 o Senado aprovou o texto base do NCPC, deixando para depois a votação dos pontos polêmicos (os destaques). No dia 17.12 o Senado concluiu a votação dos destaques, aprovando duas modificações em relação ao texto aprovado no dia anterior.

Ou seja, o texto base teria de passar por alterações, para que houvesse a inclusão desses destaques aprovados, bem como as corretas remissões aos artigos. E isso, por certo, não teria como ser realizado ainda em 2014.

Então se chega ao ano de 2015. Em fevereiro, o texto final é divulgado pelo Senado e enviado à Casa Civil, para sanção.

Contudo, ao se cotejar o texto enviado para sanção em fevereiro de 2015 e o texto base aprovado em dezembro de 2014, percebe-se que a revisão final realizada no Senado foi além de uma simples renumeração e novas remissões: houve mudanças muito mais incisivas, o que coloca o texto em risco de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que o procedimento legislativo não transcorreu corretamente.[58] Resta verificar como o STF irá apreciar esse ponto.

Finalmente, em 16.03.2015, o texto é sancionado, com alguns vetos,[59] os

quais já foram confirmados pelo Congresso. Com isso, tem-se a Lei 13.105/2015 (CPC 15[60] ou NCPC), com *vacatio legis* de um ano. Assim, em março de 2016 entrou em vigor nova legislação processual no Brasil.[61]

Da exposição acima realizada, percebe-se que o Código teve um tempo de tramitação relativamente longo. Contudo, isso não significa que os debates foram suficientes, nem que envolveram adequadamente todos os atores ligados ao assunto.[62]

Reflexo dessa constatação é que, mesmo antes do término do período de vacância, já existiam dezenas de projetos de lei, tramitando nas duas casas legislativas, para alterar o CPC 15. E novos projetos para alterar o Código foram apresentados após a vigência do NCPC.

Nesse contexto, já há duas alterações ao NCPC.

A primeira delas foi sancionada em fevereiro de 2016,[63] dando origem à Lei 13.256/2016.[64] Ou seja, antes mesmo da vigência do NCPC, já se verificou alteração do texto legislativo, em possível prenúncio de que a nova legislação processual será objeto, rapidamente, de novas e seguidas alterações, como se verificou no final da vigência do Código anterior. Posteriormente, em novembro, houve a edição da Lei 13.363/2016, que criou mais uma hipótese de suspensão do processo, quando houver nascimento de filho do único advogado ou advogada que patrocinar a causa.[65]

Polêmicas, tramitação e modificações à parte, o fato é que o Brasil tem um Novo Código de Processo que, espera-se, possa ajudar a melhorar a prestação jurisdicional no País, diminuindo a morosidade e a própria litigiosidade da sociedade brasileira.

É certo que apenas o Código não é capaz de resolver todos esses problemas, sendo necessária também uma estrutura jurisdicional melhor. Mas, especialmente, uma mudança cultural quanto à forma de solução dos conflitos é que pode mudar o panorama que hoje vivemos. De qualquer forma, o Código – e sua interpretação e aplicação – seguramente podem auxiliar nesse objetivo.



[1]Há autores que se dedicam com profundidade à historiografia do processo. Entre outros, merecem destaque: (i) Moacyr Lobo da Costa, na 1ª metade do século XX, (ii) Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, na 2ª metade do século XX e, agregando-se aos dois mestres mais recentemente, (iii) no século XXI, José Rubens de Moraes. O ponto comum entre esses professores é o fato de terem lecionado, com brilhantismo, a disciplina História do Processo Romano, Canônico e Lusitano, na pós-graduação *stricto sensu* da USP. Lamentavelmente, após o falecimento do Prof. Luiz Carlos de Azevedo, a cadeira deixou de ser ministrada.

[2]Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 21.

[3]Vide capítulo 4.

[4]Nesse sentido, José da Silva Pacheco (*Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 29). Mas, mesmo após a queda do Império Romano do Ocidente, seguiu o direito romano em vigor no Império Bizantino (do século VI ao XII).

[5]Milton Paulo de Carvalho bem aponta que, na verdade, "não se separaram de modo estanque tais períodos, aos quais corresponderiam sistemas diversos de processo civil, havendo transição paulatina de um para o outro" (*Teoria geral do processo civil*, Elsevier, 2010, p. 41).

[6]Azevedo e Tucci, op. cit., *passim*.

[7]Milton Paulo de Carvalho destaca que durou da fundação de Roma (754 a.C.) até data indefinida (entre os anos de 151 e 124 a.C. ou 149 e 126 a.C (op. cit., p. 42).

[8]*Actio sacramenti*, *actio per judicis postulationem*, *actio per condicionem.*

[9]*Actio per manus injectionem* e *actio per pignoris capionem.*

[10]Milton Paulo de Carvalho afirma que vai da "promulgação da *Lex Aebutia* até o fim do século II da era cristã" (op. cit., p. 43).

[11]Milton Paulo de Carvalho aponta que esse período durou dos "primeiros anos da era cristã até a morte de Justiniano, em 565" (op. cit., p. 44).

[12]Nesse sentido que foi ponderado no Capítulo 2 que a jurisdição acaba surgindo como evolução da primitiva arbitragem.

[13]Nesse sentido, o autor português Marcello Caetano "[...] o Estado Visigótico da Península Hispânica aparece, na sua constituição, como produto da mistura dos elementos germânicos (a unidade do grupo dada pelo chefe, os vínculos sociais estabelecidos hierarquicamente pela fidelidade dos homens ao seu chefe), com elementos romanos (a ideia da *res publica*, feixe de interesses colectivos permanentes da colectividade que o próprio rei tem de acatar e servir, a ideia de que a soberania sobre as pessoas e as coisas é atributo da colectividade e não do príncipe e de que há um patrimônio colectivo constituído pelos bens destinados à utilidade pública" (*História do direito português*, Lisboa: Verbo, 2000, p. 60).

[14]Ou, ainda, *liber judicium*, *liber judiciorum*, *forum judicium*, *forum judiciorum* ou *Lex Visigothorum*.

[15]Op. cit., p. 106.

[16]Apesar de uma convivência razoavelmente harmônica, com influências na língua, arquitetura, cultura e comida, não houve total união entre os povos da península (hispânicos) e os muçulmanos. Isso pode ser bem verificado em relação ao direito. Isso porque o direito muçulmano só era aplicado aos muçulmanos, e não aos cristãos. Por isso, o direito lusitano teve pouca influência muçulmana (nesse sentido, o autor português Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991).

[17]A efetiva expulsão dos muçulmanos no sul da Espanha levou algum tempo adicional, aproximadamente mais dois séculos.
[18]Ou seja, tribunais não ligados à igreja.
[19]Silva Pacheco, op. cit,. p. 38.
[20]José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 7.
[21]Tucci e Azevedo, op. cit., p. 159-162.
[22]As ordálias eram provas, comuns no direito bárbaro, que não eram fundadas em fatos, mas em atos da natureza. Com base em algo aleatório, decidia-se o resultado do conflito. Eram também chamadas de "juízos divinos". Como exemplos, a exposição a animais ferozes (quem não fosse ferido seria inocente ou o vencedor da demanda) ou a marcação em ferro em brasa (se, após alguns dias, não houvesse chaga, a pessoa era inocente).
[23]Aqui, por certo, com grande influência do direito canônico, como visto no tópico anterior.
[24]As Ordenações Afonsinas podem ser consultadas pela internet: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>.
[25]As Ordenações Manuelinas podem ser consultadas pela internet: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>.
[26]A primeira versão destas Ordenações data de 1514. Considerando o curto espaço de tempo entre ambas, determinou-se a destruição da primeira versão: "[...] ficou, porém, D. Manuel com receio de que a proximidade de edições das Ordenações pudesse provocar confusão e daí que, por Carta de 15 de março de 1521, determinasse 'que dentro de tres meses qualquer pessoa que tever as hordenações da impressam velha a rompa e desfaça de maneira que nam se possa ler sob pena de pagar qualquer pessoa a que forem achadas passado o dito tempo e as tever, cem cruzados […] e mais ser degredado por dous anos para além […]'" (Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, op. cit., p. 270-271).
[27]Considerando que, à época, Portugal e Espanha estavam unidos (União Ibérica), a compilação foi determinada pelo rei Felipe I de Portugal – que era Felipe II da Espanha. Contudo, somente no reinado de Filipe II (III da Espanha) é que as Ordenações Filipinas

passam a vigorar em Portugal.

[28]As Ordenações Filipinas podem ser consultadas pela internet: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

[29]E que seria dissolvida por D. Pedro I ao apresentar uma Constituição que limitava os poderes do imperador – lembrando que a Constituição de 1824 foi outorgada pelo imperador, e não promulgada pela Assembleia Constituinte.

[30]O Código Criminal do Império pode ser acessado em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>.

[31]Essa lei, que pode ser entendida como o primeiro diploma processual (penal e civil) brasileiro, está disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>.

[32]O Código Comercial de 1850 pode ser acessado em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>.

[33]O Regulamento 737/1850 está disponível na internet: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/D

[34]Vale destacar que tanto o Código Comercial de 1850 quanto o Regulamento 737 contaram com a participação de Irineu Evangelista de Sousa (o Barão e Visconde de Mauá) na sua elaboração – sendo que ele era empresário, não jurista. Parte dessa história é narrada na biografia de Mauá (Jorge Caldeira, *Mauá: o empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).

[35]Que nasce, portanto, apenas como um Código de Processo Comercial.

[36]A Consolidação Ribas pode ser baixada no seguinte endereço: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>.

[37]Esse decreto está disponível na internet: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d763.htm>.

[38]As Ordenações Filipinas, no âmbito do direito material civil, seguiram em vigor no Brasil até o início da vigência do Código Civil de 1916.

[39]Goiás, Mato Grosso, Alagoas e Amazonas (Milton Paulo de Carvalho, op. cit., p. 50-51).

[40]Afirma Moacyr Lobo da Costa que esses Códigos teriam sido os "mais aperfeiçoados" entre as legislações estaduais (*Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 70). Rodrigo Mazzei organizou, em 2014, uma edição do Código de Processo do Espírito Santo de 1914, o Decreto 1882 (*Código de Processo Civil do Espírito Santo: texto legal e breve noticia histórica*. Vitória: Eppur se muove, 2014, passim).

[41]Código que pode ser consultado em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>.

[42]O Código foi inspirado nos diplomas da Áustria, Alemanha e Portugal (Milton Paulo de Carvalho, op. cit., p. 52).

[43]Código que pode ser acessado no seguinte endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>.

[44]Milton Paulo de Carvalho apresenta um rol das principais modificações do CPC 73 ao longo dos anos. Aponta 29 leis (op. cit., p. 55-57).

[45]A notícia divulgada pelo Senado Federal foi a seguinte: "O presidente do Senado, José Sarney, assinou nesta quinta-feira (1/10) ato que cria comissão para elaborar o anteprojeto de lei de um novo Código de Processo Civil. A comissão será presidida pelo ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, e contará com 11 nomes de peso para ajudá-lo. A relatoria da proposta ficará por conta da professora Teresa Arruda Alvim Wambier. O ato deve ser publicado no Diário Oficial da União dessa sexta-feira (2/10)".

[46]Em São Paulo, a audiência pública foi realizada em 26.03.2010, no TJSP, com a presença deste autor. Contudo, como não foi divulgado o texto-base, não houve a possibilidade de debates mais profundos. Isso foi objeto de crítica por parte de professores de processo (como exemplo, conferir texto capitaneado pelo Prof. José Ignacio Botelho de Mesquita, denominado "Esperando a efetiva audiência pública do Novo CPC", disponível em <http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=106678>).

[47]O Prof. Elpídio Donizetti, então desembargador do TJMG, divulgou texto denominado "Reflexões de um juiz cristão" (pois

divulgado em um domingo de páscoa), apontando dissensos nos trabalhos da comissão. Reproduz-se apenas o seguinte trecho: “Minha refletida e por isso mesmo derradeira manifestação sobre esse tema é que devemos solicitar imediatamente a prorrogação de prazo” (o texto integral pode ser acessado em <http://www.mauriciodenassau.edu.br/artigo/exibir/cid/1/aid/483/fic

[48]<http://participacao.mj.gov.br/cpc/>.

[49]Contudo, infelizmente, esse projeto foi pouco utilizado. O Relatório foi divulgado pelo Ministério da Justiça em 2012 (<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120210-05.pdf>).

[50]A revista pode ser acessada, na íntegra, em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496922>.

[51]Deputado Paulo Teixeira.

[52]No final de 2012 o Deputado Sergio Barradas Carneiro concedeu entrevista, em três blocos, a respeito das principais alterações do Código, aos Professores Ivan Marques e Luiz Dellore (a entrevista pode ser acessada na internet: <http://www.dellore.com/products/novo-cpc>).

[53]Nesse momento, havia grande instabilidade e dúvida em relação ao texto do Código, pois diversas versões circulavam pela internet (para acessar algumas dessas versões, consultar <http://www.dellore.com/products/textos-do-ncpc/>).

[54]Texto publicado na internet, em 09.07.2013, que contou com a assinatura de três dos autores desta obra: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-09/estudiosos-criticam-pressa-analise-codigo-processo-civil>.

[55]Texto publicado na internet, em 10.07.2013: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-10/tempo-numeros-provam-nao-acodamento-cpc>.

[56]Essa versão final da Câmara trazia um grande retrocesso: a vedação da penhora *online* para decisões provisórias. Isso foi objeto de crítica de grande parte da doutrina, o que pode ser sintetizado em texto do Ceapro (Centro de Estudos Avançados de Processo – instituição da qual os cinco autores desta obra são associados), datado de junho de 2014, apontando os problemas dessa modificação legislativa

(<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI203008,21048-CEAPRO+sustenta+que+impedir+penhora+online+e+erro+gravissi

[57]A informação era que o Código seria votado em julho, antes do recesso parlamentar; depois, logo após a Copa do Mundo; depois, logo após as eleições. Nada disso ocorreu.

[58]A respeito do tema, foram elaborados dois textos no *site* Jota.info. Um deles, de coautoria de autor desta obra (<http://jota.info/novo-cpc-a-revisao-final>, elaborado por Andre Roque, Fernando Gajardoni, Luiz Dellore e Zulmar Duarte); o outro, de autoria de Cassio Scarpinella Bueno (<http://jota.info/ainda-sobre-a-revisao-do-novo-cpc>).

[59]Entre os vetos mais relevantes, merecem destaque a conversão da ação individual em coletiva (CPC 15, art. 333) e a sustentação oral no agravo interno (CPC 15, art. 937, VII).

[60]O NCPC pode ser acessado no seguinte endereço: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

[61]Outra polêmica quanto ao Código se refere ao efetivo dia de sua vigência. Existem pelo menos três correntes: 16, 17 ou 18 de março de 2016. O tema foi bem enfrentado por Fabiano Carvalho, em artigo publicado na internet (<http://justificando.com/2015/06/19/divergencia-doutrinaria-sobre-a-entrada-em-vigor-do-novo-cpc-e-propostas-de-solucao/>). Parece-me a melhor interpretação a que aponta o efetivo início da vigência do CPC 15 em 18/03/2016 – posição que foi acolhida pelo CNJ e STJ, em sessões administrativas de tais órgãos.

[62]Muitos daqueles que participaram dos debates do Código afirmam que o CPC 15 é o "primeiro Código de Processo democrático", tendo em vista que o CPC 73 e o CPC 39 foram editados durante ditaduras. Porém, o fato de o Código ter sido elaborado em ambiente democrático, por si só, não significa que houve debate adequado, envolvendo todos os interessados ou então que essa característica torna a lei processual de 2015 melhor ou pior que as anteriores. Essa é, apenas, mais uma característica do novo diploma processual.

[63]Informações a respeito das alterações promovidas pelo PL 168/2015 podem ser lidas em texto de Andre Roque, Fernando

Gajardoni, Luiz Dellore e Zulmar Duarte: <http://jota.info/o-recall-do-novo- cpcas-mudancas-decorrentes-do-pl-238415-da-camara-e-do-pl- 16815-do-senado>.

[64]A lei pode ser aqui acessada: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm>. Cabe destacar que a alteração tem falhas. Como exemplo, o § 5º do art. 1.037 foi revogado por essa lei, ao passo que o § 6º, que não foi revogado nem alterado, refere-se ao revogado §o (§ 5º (Revogado). § 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido [...]).

[65]Vide capítulo 22.

6

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ANDREA BOARI CARACIOLA

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

6.1. INTRODUÇÃO: CONCEITO E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

6.1.1. Constitucionalização do processo



O direito processual civil mantém afinidades e imbricações com todos os ramos do direito, sendo certo que sua relação com o direito constitucional é marcante e intensa, a evidenciá-lo como base fundamental. O processo deixa de ser estudado como mecanismo puramente formal e técnico de solução de conflitos para ser influenciado por elementos históricos, culturais, sociológicos e políticos e, assim, ser compreendido como instrumento ético a refletir o momento e o contexto histórico e social.

Fácil constatar na atualidade a opção metodológica do estudo do processo a partir do suporte constitucional, exsurgindo a partir daí um direito processual constitucional, que reúne os princípios constitucionais do processo: "a Justiça constitucional consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada".[1]

O direito processual constitucional não versa um ramo autônomo do direito processual, mas nos remete a uma visão científica e a um enquadramento metodológico e sistemático pelo qual se pode analisar o processo em suas relações com a Constituição. Trata-se, pois, de uma colocação científica que abarca a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, se diferenciando assim do direito constitucional processual, que cuida das normas de processos contidas na Carta Constitucional. Trata-se, assim, de uma interligação metodológica entre dois ramos do direito, processual e constitucional, para a interpretação principiológica do processo.[2]

O movimento de constitucionalização do direito mostra-se particularmente intenso no que toca ao processo, a revelar uma inequívoca interface entre Constituição e processo, no que diz respeito à tutela constitucional do processo, voltada ao controle de constitucionalidade e à preservação das garantias constitucionais por meio da chamada jurisdição constitucional das liberdades.

A questão adstrita à tutela constitucional do processo, matéria atinente à teoria geral do processo, comporta dupla conformação, qual seja: (a) o direito de acesso à Justiça, também denominado direito de ação e de defesa, bem como (b) o direito ao processo, direito este que abarca as garantias do devido processo legal.

O horizonte que se abre à processualística a partir da consagração e sistematização da tutela constitucional do processo impõe-lhe a busca do

aperfeiçoamento do sistema jurídico a partir dos princípios constitucionais, tendo em vista a consecução do amplo acesso à Justiça e da efetividade do processo, obtendo-se a justa e adequada tutela em um prazo razoável.[3]

No que se refere ao ordenamento pátrio, a nossa atual Constituição Federal alberga vários dispositivos relativos ao processo, de sorte a tecer uma verdadeira tutela constitucional da ação e da defesa.

A Constituição de 1988 demarca, no âmbito jurídico, a transição democrática e a institucionalização dos direitos humanos no país, destacando-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que toca à consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais.[4]

A Carta de 1988 assumiu expressa e amplamente a tutela do processo, de modo a estabelecer um verdadeiro programa de princípios ordenadores da atividade processual, princípios estes que, muito embora não cheguem a tecer uma teoria geral da tutela constitucional, vêm realçando as garantias fundamentais do processo, de sorte a nortear a atividade jurisdicional, bem como a informar as decisões judiciais dos valores constitucionais.[5]

Considerando-se que toda Constituição há de ser interpretada como uma unidade sistêmica, podemos afirmar que a nossa atual Carta elege o valor da dignidade humana como valor essencial a informar a ordem constitucional e, é nesse contexto que se impõem a observação e o estudo relativo à tutela constitucional do processo, entendido, pois, o processo como instrumento de exercício da cidadania, adequado e apto à pacificação social.

Com a Constituição de 1988, o processo passa a ser uma instituição que, sob a denominação de modelo constitucional do processo, é regida pelo conjunto principiológico que envolve o devido processo legal, “princípio-síntese” este que contém em si o acesso à Justiça, abarcando, pois, os princípios da ação e da defesa, publicidade, legalidade, motivação, isonomia e reserva legal, entre outros.[6]

Acerca do tema, perceptível se nos afigura a coordenação de tais princípios no sentido de tornar acessível, bem administrado, justo e efetivo o sistema processual, de sorte a assegurar e revestir o processo de feição humana que lhe deve ser inerente.[7]

6.1.2. Sistema principiológico e o

NCPC

6.1.2.1. Sistema

Nítida a opção dos processualistas, notadamente a partir do NCPC, que consagra uma parte geral destinada às “normas fundamentais do processo civil”, pelo estudo da ciência processual a partir de seus princípios informadores, princípios estes que foram alçados a um patamar constitucional sob a cláusula do devido processo legal.

Derivado do grego *systema*, o significado do termo “sistema” nos remete à ideia de reunião, método, forma a abarcar o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, de sorte a formar uma unidade na realização de um fim.[8]

Transportado o estudo para a modernidade, podemos afirmar que sistema significa aquilo que é construído, destacada a articulação, o nexo das partes para com o todo, sendo a sua estrutura o que lhe confere coesão.

Duas são as suas principais características: a ordenação e a unidade, elementos estes destacados por Claus-Wilhelm Canaris[9] em sua obra sobre o tema. O sistema impõe seja ordenado e unido de sorte a existir uma inter-relação dinâmica e harmoniosa entre as partes que o compõem para o fim pretendido.

Conclui-se, desta forma, que por sistema podemos captar a ideia de um conjunto de objetos e seus atributos, nas relações entre eles estabelecidas, conforme certas regras, sendo certo que a interação entre tais elementos lhe confere sentido de coesão, indispensável para a sua harmonia.[10]

Releva notar que, não obstante ser o termo “sistema” empregado nas mais diversas ciências do conhecimento, comum a todas elas a ideia de unidade harmoniosa a partir da relação e interação entre os elementos que o compõem.

Importante consignar neste contexto que o sistema ou subsistema normativo não compreende apenas e tão somente as normas elaboradas pelo legislador, mas também regras e princípios, superada, assim, a perspectiva positivista.

Nessa medida destacamos a Teoria dos Direitos Fundamentais,

publicada em 1985, por Robert Alexy,[11] em que o autor rompe com a teoria tradicional positivista na qual, em não havendo para o caso concreto apresentado uma resposta a ser retirada do próprio sistema normativo, ao arbítrio ou discricionariedade do magistrado caberia a solução do conflito, desprezada que era a possibilidade de aplicação dos princípios de direito.

A teoria concebida por Alexy precursiona a escola pós-positivista e inaugura uma nova forma de pensar a ciência do direito: diante de um caso difícil (*hard case*), não há como autorizar ao magistrado decidir arbitrariamente, devendo, pois, se valer das regras e dos princípios de direito, uma vez que estes também compõem o sistema jurídico.[12]

6.1.2.2. Princípios

Extremamente difícil delimitar conceitualmente o termo "princípio", caracterizando-se, assim, como uma expressão indeterminada, fato que, somado à flagrante polissemia que envolve o termo, nos remete a uma realidade tormentosa.

Derivado do latim *principium*, o termo está relacionado à linguagem da geometria, na qual designa as verdades primeiras e nos conduz à noção de ponto de partida, fundamento ou causa de um processo qualquer. Também pode ser entendido como elemento constitutivo das coisas ou dos conhecimentos, ainda, ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer. Não indica a coisa, mas a sua razão de ser.

Espécies de normas a conferirem coerência ao sistema, os princípios jurídicos ocupam posição de destaque no ordenamento, na medida em que veiculam um enunciado lógico, genérico e fundamental, dotado de referência direta de valor, atuando como diretivas de interpretação e de integração do direito.[13]

Exercem, pois, uma função dinamizadora e transformadora, dotados de força expansiva e construtiva, contribuindo, sobremaneira, quer na interpretação evolutiva do ordenamento, na medida em que sugerem a adoção de novas formulações ou normas que com eles tenha imbricação, quer na aplicação do direito: direcionam a atuação do Poder Judiciário de sorte a impor às decisões judiciais sua observância.[14]

Vale aqui transcrever a lição de Cândido Rangel Dinamarco: "Nenhum

princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa)".[15]

Dotados de elevado grau de abstração e, em consequência, vagos e indeterminados, insuscetíveis, portanto, de medições concretas, os princípios são normas de natureza estruturante.[16]

6.1.3. Princípios e o direito processual civil

O direito processual está subordinado a certos princípios setoriais que lhe são próprios e que atuam de forma a direcionar a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas que lhe são afetas.

Duas as classes de princípios que se abrem para análise:

> a) os princípios informativos, universais que são, que se traduzem em verdadeiros postulados, sem qualquer conteúdo ideológico e adstritos a critérios estritamente lógicos e técnicos, objetivando melhor aparelhar o Poder Judiciário e conferir maior efetividade ao processo. Alguns desses princípios atuam no plano do dever-ser, enquanto outros atuam diretamente sobre a realidade.[17] São eles os princípios lógico, jurídico, político e econômico[18] (incluindo-se nesta classe, na doutrina de Rui Portanova, os princípios da instrumentalidade e da efetividade);[19] e, de outro lado,
> b) os princípios fundamentais ou gerais, de natureza político-constitucional e que tecem um verdadeiro modelo constitucional do processo, uma vez que o sistema jurídico acerca deles pode fazer opção. Com os primeiros (informativos) se completam e traduzem uma opção do sistema à luz de aspectos políticos e ideológicos que permeiam a realidade, sendo analisados sob a égide do direito constitucional tendo em vista a universalização da tutela jurisdicional.

Requer-se uma abordagem interativa entre os princípios acima mencionados, afastando-se, pois, uma interpretação estanque e que os considere isoladamente.

Mais uma vez a doutrina não é unânime na dogmatização principiológica relativa ao processo e, em consequência, não há como se cogitar uma estratificação unitária acerca do tema.

Sob a cláusula do devido processo legal, princípio fundamental do processo civil, repousam todos os outros princípios adotados pelo sistema e que envolvem tudo isso e tão somente isso: "o direito a um processo e a uma sentença justa".[20]

No que toca ao processo, os princípios estabelecem a forma como se desenvolve o procedimento judicial, veiculando comandos que norteiam a atuação em juízo. Representam garantias processuais, ou seja, direitos fundamentais que devem estar presentes para que se possa assegurar o devido processo na salvaguarda dos direitos fundamentais.

Importante aqui sublinhar que a percepção do uso cada vez mais recorrente de princípios como fundamento da aplicação do direito foi um dos pilares da elaboração do NCPC.[21]

O NCPC é constituído por um sistema principiológico de normas, tanto que a Parte Geral do novo diploma processual enfatiza a importância do modelo constitucional do processo ao reproduzir uma série de princípios constitucionais do processo, destacando ainda o art. 1º do NCPC que: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Não obstante a importância da temática e a necessidade de delineamento de um sistema dogmático que prestigie e assegure o modelo constitucional do processo, imperiosa a preocupação veiculada por alguns doutrinadores quanto ao cuidado que se deve ter para que as decisões judiciais não enveredem por princípios sem qualquer lastro normativo. Nesse sentido a preocupação exteriorizada por Lenio Streck[22] quanto à necessidade de os sujeitos processuais estarem adstritos à normatividade e, desta forma, imperioso que a invocação de um princípio deve estar adstrita a um lastro, um fundamento normativo, advertindo o doutrinador para os riscos de o NCPC dar margem à criação de um "panprincipiologismo".[23]

Significa que se impõe um olhar crítico do estudioso do processo aos chamados “novos princípios processuais”, tendo em vista evitarmos a banalização do emprego dos princípios já existentes, bem como a discricionariedade jurisdicional e o abuso dos julgamentos principiológicos a partir da aplicação de “falsos princípios”, desvestidos de qualquer força normativa.[24]

Por fim, vale a advertência: inseridos que estamos em um novo sistema e ordenamento jurídico permeados por inúmeras cláusulas gerais e comandos principiológicos, imperioso o papel da jurisprudência, cabendo aos nossos Tribunais, notadamente os Tribunais superiores, a concretização da força normativa de que se revestem os princípios processuais.

Não obstante a advertência *supra*, mister destacar que, sendo o direito processual uma ciência autônoma que é, e, sendo informado por uma matriz principiológica, os princípios processuais devem informar e se projetar em todas as normas processuais, servindo de norte aos estudiosos do direito e aos seus aplicadores, de sorte a afastar as dúvidas e/ou lacunas na sua interpretação.[25]

6.2. ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE DO PROCESSO

O acesso à Justiça, ou na expressão sugerida por Kazuo Watanabe, “acesso à ordem jurídica justa”,[26] está diretamente relacionado à questão da Justiça social, tendo em vista interligar o processo com a Justiça social.[27]

Impõe-se considerar que o princípio em comento passou a constituir centro de atenção dos estudiosos do processo no período do pós-guerra, quando da constitucionalização dos direitos fundamentais e lineamento do Estado democrático de direito. Chama atenção a lição de Mauro Cappelletti sobre o tema: “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.[28]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, como paradigma a ser atingido por todos os povos e todas as nações, veicula no seu artigo 10º, entre outros princípios, que “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que

sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida".

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por sua vez, reafirmando esse princípio, acrescentou a exigência quanto ao direito à tutela jurisdicional em um prazo razoável, por meio de um julgamento público, daí exsurgindo em seu artigo 6º, n. 1, que: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça".

No Brasil, com o advento da Carta Constitucional de 1988, rompeu-se o paradigma até então vigente do Estado liberal para a implementação de um Estado Social, mudança essa a projetar reflexos em todas as ciências, inclusive na ciência do Direito. O Estado passou a ser prestador de serviços sociais ao cidadão, destacado aqui o dever assumido pelo Estado de prestar a devida tutela jurisdicional: justa e efetiva![29]

A nossa atual Constituição Federal, promulgada em 1988, em resposta ao até então regime ditatorial vigente no País, foi extremamente pródiga em relação ao processo, estabelecendo um verdadeiro sistema de tutela constitucional, assegurando, nessa medida, o acesso à Justiça e à inafastabilidade do controle jurisdicional no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

O acesso à Justiça revela-se adstrito à cidadania, exigindo, para a sua exata compreensão, uma mudança de mentalidade, de sorte a impor a superação de sua dimensão estritamente técnica e a adentrar a eficiência da instrumentalidade.

Impõe-se aqui uma reflexão: *até que ponto o acesso à Justiça, compreendido em seu sentido pleno, é assegurado em sua acepção real?* Indagação esta que se faz notadamente face ao NCPC, uma vez que

necessárias a busca e a criação de novas técnicas processuais que viabilizem, assegurem e facilitem o exercício do direito de ação, no menor prazo, com o menor custo, com a prática do menor número de atos processuais e com a melhor qualidade possível, com vistas à obtenção de uma tutela justa, adequada ao conflito subjacente de direito material e efetiva.

A Constituição Federal de 1988, sob a égide da cláusula do amplo acesso à Justiça e da tutela tempestiva,[30] garante muito mais do que o simples ingresso em juízo e mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, garante sim o direito a uma tutela justa, adequada ao plano material e efetiva.[31]

Sob essa perspectiva sistêmica, importante destacar que o princípio do acesso à Justiça mantém imbricações com outros, entre os quais sublinhamos os princípios da efetividade do processo, da tempestividade da tutela jurisdicional, da adequação dos meios à natureza do conflito, como de resto também da gratuidade da Justiça. Essas as relações que nos propomos a investigar, notadamente face à previsão contida no art. 3º do NCPC: "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Inserido no contexto pertinente ao acesso à Justiça, o tema da efetividade constitui preocupação de toda e qualquer discussão que se desenvolva relativa à ciência processual, questão esta de relevância internacional e que repercute nos mais diversos instrumentos de proteção aos direitos e liberdades individuais.

Do latim *efficere*, efetivar significa executar, cumprir, satisfazer, de sorte a apontar para aquilo que está sendo cumprido ou executado, de modo a produzir, em regra, os resultados desejados.[32] Consoante José Carlos Barbosa Moreira, o termo "efetividade" está adstrito à "aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena".[33]

A concreta atuação da garantia constitucional da ação exige, pois, a predisposição de uma adequada gama de meios de atuação e de realização da tutela, meios estes que devem estar acessíveis a quem quer que deles necessite, num tempo e custo razoáveis, por meio de atividades que venham a garantir resultados concretos, adequados e diferenciados a cada situação

jurídica de direito material controvertida.

Sendo a missão do processo a solução dos conflitos e a pacificação com Justiça, é imprescindível que ele esteja aparelhado de meios capazes ao atingimento deste objetivo, de sorte que a efetividade do processo depende, principalmente, da predisposição de meios adequados à solução dos mais variados problemas surgidos no plano material. Assim, é preciso assegurar ao cidadão que recorre à Justiça uma análise ágil, eficaz e adequada à pretensão de direito material controversa, uma vez que o oferecimento de uma tutela jurisdicional apenas nominal não se revela suficiente à composição social.[34]

Sob a ótica de um processo civil de resultados, a tutela jurisdicional há de ser entendida como "o grau mais elevado na escala que vai de mera faculdade de ingresso em juízo, passa pela ação e pelo efetivo direito ao provimento de mérito",[35] sendo interessante trazer à colação, no corpo do presente trabalho, o ideário desenvolvido por José Carlos Barbosa Moreira no qual o autor sintetiza cinco itens em prol da efetividade, tecendo uma espécie de programa básico: "a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos […]; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos […]; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias".[36]

Evidenciado o processo enquanto instrumento adequado ao exercício da função jurisdicional tendo em vista a pacificação social e a justa composição dos conflitos, o processo passa a assumir, universalmente, e no limiar de um novo século, o desafio da efetividade e da utilidade dos resultados que produz face ao direito material.

Sob essa perspectiva, assegura-se precipuamente ao cidadão, num prazo razoável, o direito a uma resposta estatal útil, efetiva e eficaz face ao conflito de direito material. Nesse diapasão a previsão contida no art. 4º do NCPC: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Poder-se-ia cogitar, num primeiro momento, em que medida as exceções à inafastabilidade da jurisdição previstas nos parágrafos do art. 3º do NCPC violam o acesso à Justiça, que é constitucionalmente assegurado.

Não se há olvidar que estamos inseridos em uma sociedade cada vez mais diversa e conflituosa, na qual a adversidade surge como algo cotidiano e que interfere na arte de viver e conviver. Em contrapartida, é notória a atual crise de Justiça pela via da solução adjudicada pelo Estado, de sorte a ser necessário rompermos esta cultura a partir da implementação de uma nova mentalidade capaz de decodificar a importância e a prática do desenvolvimento de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos sociais: surge a necessidade da adequação dos meios de solução de conflitos à natureza do direito controvertido!

Diante dessa realidade o NCPC incentiva a arbitragem e os meios alternativos (melhor denominados “adequados”) de solução de conflitos, destacando a plena compatibilidade destes com o acesso à Justiça. Os parágrafos do art. 3º do NCPC surgem em adstrição à Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que assumiu o compromisso de promover e incentivar os meios autocompositivos, por meio da conciliação e mediação.

Não há como negar a relevância do processo como meio de solução dos conflitos e obtenção de pacificação e harmonia social e, nesse sentido, é imprescindível que ele esteja aparelhado de meios capazes ao atingimento deste objetivo. Não obstante, o processo deve exsurgir como “um” dos meios de solução de conflitos, não o único! Nessa perspectiva destacamos a relevância que os meios alternativos de solução de conflitos assumem na composição social e obtenção da pacificação com Justiça, dada a maior aderência que assumem face a determinados conflitos de direito material.

Cumpre-nos ainda relacionar o princípio do acesso à Justiça à assistência jurídica integral e gratuita, inovação que surge expressamente assegurada no texto do NCPC, mas não no sistema jurídico, vez que a matéria, prevista no inciso LXXIV do art. 5º da CF, também é objeto da Lei 1.060/1950, que não foi totalmente revogada pelo NCPC. No entanto, como bem assinala Luiz Guilherme Dellore, “Conveniente que um tema dessa relevância não fique apartado do corpo do CPC, especialmente para fins de melhor sistematização da matéria (harmonização com o todo do sistema processual)”.[37]

O princípio em questão estabelece ao Estado a obrigação de prestar assistência jurídica integral e gratuita, quer dentro como também fora do processo, tendo em vista evitar que custos econômicos afastem o cidadão do exercício da cidadania! O Estado deve atuar em prol da conscientização jurídica da sociedade, considerando também os hipossuficientes, orientando-os em relação aos seus direitos.[38]

Assim, mister ainda destacar a necessidade de atualização e revisitação com que se deve estudar o princípio do acesso à justiça, princípio este que nos dias atuais já não mais se exaure na possibilidade do exercício do direito de ação, mas abarca também, e principalmente, o direito conferido ao jurisdicionado à obtenção de uma tutela adequada à natureza do direito material controvertido e que venha a conferir ao jurisdicionado, num prazo razoável e observado o devido processo legal, exatamente aquilo a que tem direito de obter.[39] Superada a dimensão puramente técnica, a questão do acesso à Justiça e da técnica processual se apresenta direcionada a uma finalidade social: pacificação com Justiça.

6.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL OU PROCESSO JUSTO

Também denominado “processo justo” ou “princípio da inviolabilidade da defesa em juízo”, a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) constitui o limite mais representativo e protetor dos direitos de liberdade do cidadão contra a usurpação do poder público, representando não apenas o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional (direito a uma tutela processual), mas assegurando também a tutela ao direito (direito a uma tutela material) por meio do processo judicial ou administrativo.[40]

O art. 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988 assegura, sob a cláusula de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o princípio em comento, abarcando, em si, todos os outros princípios, de sorte a caracterizar-se como fonte primária do ordenamento jurídico processual brasileiro, ou seja, como a “raiz de todos os demais princípios estruturantes do exercício jurisdicional”.[41]

Não há dúvida que a extensão do devido processo legal não pode ser reduzida a uma fórmula estática, comportando um alargamento de sua

abrangência ao longo da evolução histórica, social e jurídica, de sorte a permitir uma interpretação elástica de seu conteúdo em prol dos direitos fundamentais.

O devido processo legal deve ser entendido como um processo, movimento dinâmico e em constante mutação. A multiplicidade de normas processuais contidas na Constituição de 1988 confere à cláusula do devido processo legal uma abrangência muito maior do que se possa imaginar, caracterizando-se como um alicerce que dá fundamento aos demais princípios que dela decorrem.[42]

Não obstante a dificuldade na sua conceituação, podemos definir o devido processo legal como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro lado, que são indispensáveis ao exercício correto da função jurisdicional. Estas garantias são estabelecidas na salvaguarda dos interesses das partes, como também na proteção ao direito do jurisdicionado a um processo regular.

Desta forma, a cláusula do devido processo legal é bipartida, pois além de implicar na tutela processual (*procedural due process*), também compreende a tutela material ao direito (*substantive due process*) por meio do exercício da função jurisdicional.

O devido processo legal substancial refere-se à limitação ao exercício do poder do Estado, autorizando o magistrado a questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões judiciais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. O devido processo legal substancial se dirige muito mais ao legislador, como uma forma de limitar a sua atuação. É que as leis não devem ser desprovidas de razoabilidade, devem estar adstritas a critérios de justiça, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Assim, o devido processo legal não deve ser aplicado somente no âmbito do processo judicial, mas também em qualquer elaboração normativa.[43]

Por outro lado, o devido processo legal formal apresenta-se composto pelas garantias processuais já mencionadas: direito ao contraditório e à ampla defesa, a um processo com duração razoável, ao juiz natural, à inadmissibilidade de produção de provas ilícitas etc. Nesse caso, o principal destinatário do devido processo legal formal é o próprio magistrado.

Assim, podemos entender o devido processo legal como o “gênero” do

qual decorrem todos os demais princípios constitucionais do processo. A maioria dos princípios relativos ao processo derivam do devido processo legal, de sorte que nos propomos a investigar e abordar nesta obra aqueles princípios que, no âmbito do processo civil, se vinculam à ordem constitucional, de forma a tecer a chamada tutela constitucional do processo!

Entre os princípios processuais derivados do devido processo legal na Constituição Federal podemos elencar um extenso rol: garante-se a proteção jurisdicional decorrente de lesão ou ameaça a direito; proíbem-se os tribunais de exceção; impede-se que um indivíduo seja processado e sentenciado por autoridade incompetente; garante-se o contraditório e a ampla defesa em igualdade de condições entre as partes; os atos processuais como regra são marcados pela publicidade; proíbem-se as provas obtidas por meio ilícito, assegura-se a motivação das decisões judiciais a fim de que se possa exercitar o duplo grau de jurisdição.

Desta forma, não há como negar que o fundamento, a razão de ser do devido processo legal está no Estado Democrático de Direito, tendo por finalidade a solução justa, adequada, eficiente e tempestiva dos conflitos de interesse, de sorte a garantir a vida, a propriedade e a liberdade humana: “a finalidade do processo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, é proporcionar às partes, igualdade na demanda e justiça na decisão, com vistas à declaração da vontade concreta da lei, evitando, assim, que o processo seja tão dispendioso a ponto de comprometer o seu objetivo ou discriminar os cidadãos na obtenção de uma decisão justa. Os meios escolhidos devem ser os mais seguros e rápidos na procura e descoberta da verdade, possibilitando a máxima garantia social dos direitos da pessoa humana, com o mínimo sacrifício individual de liberdade”.[44]

6.4. CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA



Elementos essenciais ao processo, como a manifestação do Estado de Direito, e que se traduzem numa garantia fundamental de Justiça exsurgem o contraditório e a ampla defesa como assecuratórios de um processo democrático, na medida em que legitimam o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual. Assim, maculada de nulidade estará qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.

Previstos expressamente no art. 5º, LV, da CF o contraditório e a ampla defesa, determina o legislador constituinte que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Sobre o tema também se manifesta José Roberto dos Santos Bedaque:[45] "Ampla defesa é a garantia de participação conferida exclusivamente às partes da relação processual. Já o contraditório é fenômeno mais amplo, pois ele se refere também ao juiz, que deve, juntamente com os sujeitos parciais do processo, assumir postura ativa no desenvolvimento do processo, preocupando-se com seu resultado".

Decorre o contraditório do amplo direito de defesa, elemento este a conferir previsibilidade ao réu, o que se afigura indispensável a fim de que consiga avaliar o que de pior possa acontecer em face do acolhimento do pedido e para que possa se orientar e decidir acerca da sua atuação em juízo, o que inclui, até mesmo, a decisão de não se defender.

Necessário possibilitar às partes, no *iter* procedimental, o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão.

O contraditório constitui, portanto, elemento indispensável para que se

aperfeiçoe adequadamente o fenômeno processual, especialmente no que toca à participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que a intervenção dos interessados deve ser exercida mediante distribuição equitativa dos respectivos poderes, faculdades e deveres. Essa estrutura dialética deve, necessariamente, condizer com a dinâmica dialética do processo. "A simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas, traduz-se, para cada um dos participantes, na possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias".[46]

Refletindo a dialética do processo e constituindo sua própria essência, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que, na atualidade, o contraditório já não mais pode ser decodificado tão somente como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio *conhecimento-reação.* Essa a expressão do contraditório em sentido fraco,[47] na qual se exclui o juiz como um de seus destinatários e que se esgota no direito de uma parte conhecer as alegações feitas pela outra e se manifestar a esse respeito.

Destacamos assim, num primeiro plano da abordagem, a interação *ação-possibilidade de reação*, binômio este a traduzir o dever imposto ao juiz de informar a parte sobre tudo o que ocorre no processo, daquilo que é de seu conhecimento a respeito da causa e de todas as atividades da parte contrária, de maneira a ser efetivada a oportunidade para manifestação.

Em sentido diverso e contraposto, destacamos o contraditório em sentido forte,[48] que não se esgota no binômio *ação-reação*, de sorte a ultrapassar essa visão estática do contraditório para compreender, também, o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exsurgindo, daí, o contraditório como valor-fonte do processo, promovendo o exercício de uma democracia participativa e caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.[49]

Como segunda expressão do contraditório forte, revelamos a utilização do debate em juízo como mecanismo assecuratório da Justiça da decisão, porquanto a lei, ao prever a participação dos sujeitos processuais na solução

do conflito, tem em vista a justa composição da lide.

Surge o contraditório adstrito à ideia de colaboração estabelecida no processo entre as partes e o juiz, ou seja, por esse prisma de análise, emerge a necessidade de serem satisfeitas exigências de solidariedade e socialidade pelo processo, de sorte a atuar o magistrado na busca da igualdade substancial das partes quando estas não possuírem a mesma disponibilidade de meios de defesa.

A esse respeito Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que: "A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples 'objeto' de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento de juiz, atuando assim como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição".[50]

Imanente ao modelo constitucional do processo, o contraditório não se restringe às partes, de sorte a englobar, também, a participação do juiz – destinatário da garantia – que, dessa forma, na condução do processo, tem o poder-dever de conferir e possibilitar-lhes tratamento racional e igualitário, evitando que as partes sejam surpreendidas com decisões inesperadas, a respeito de pontos sobre os quais não tenha havido prévio debate.

Fundamental esse entendimento para que se possa visualizar no princípio em comento o trinômio: *informação necessária, reação possível e diálogo pertinente*, sendo assegurado às partes o direito de influência no desenvolvimento do processo e na construção da decisão judicial a ser por elas suportada.

Verifica-se nesse contexto a superação da doutrina clássica reducionista do contraditório à mera garantia formal, traduzida no binômio *informação-possibilidade de reação*, sobrelevada na atualidade a garantia em seu sentido substancial, de modo a ser afirmada a participação do juiz no diálogo

estabelecido entre as partes, tendo em vista a formação de seu livre convencimento.

É nessa perspectiva que deve ser entendida a previsão legal veiculada no *caput* do art. 9º do Código de Processo Civil brasileiro: "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

O direito de participação, portanto, acompanha o desenvolvimento de todo *iter* procedimental e é nessa perspectiva que se destaca a figura do *juiz diretor do processo* – figura esta desenhada a partir da superação dos opostos *juiz-ditador*, inerente ao processo inquisitivo, e do *juiz-espectador*, pertencente à supremacia do processo dispositivo – que, no exercício da função jurisdicional, deve estar atento ao dever de imparcialidade de sorte a zelar e proporcionar a igualdade entre as partes em litígio.

Feitas estas breves considerações, podemos verificar que se faz assegurada, pelo contraditório, a possibilidade concedida aos litigantes de se pronunciarem e intervirem ativamente no processo, garantido, assim, o direito de atuarem de modo crítico e construtivo sobre seu resultado.

Imperioso destacar que o contraditório garante uma "tríplice ordem de situações subjetivas processuais", situações estas que compreendem: a) o direito de receber informações adequadas e tempestivas sobre as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela parte contrária e pelo juiz, durante todo o processo; b) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para o deslinde da causa; como de resto, também, c) o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, quando da prolação da decisão.[51]

Nesse contexto vale destacar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal: "Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969*. T. V, p. 234). (…). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de

manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70*, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Cristoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: **1) direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; **2) direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; **3) direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99)”.[52]

Cumpre-nos destacar que, em perfeita simetria com o princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, o princípio do contraditório é expressamente contemplado nos arts. 7º, 9º e 10 do NCPC, mas ainda, de algum modo, referenciado em outros artigos do NCPC, entre os quais passamos a destacar os a seguir relacionados, exemplificativamente.

O art. 98, § 1º, VIII, do NCPC,[53] ao versar sobre a gratuidade da justiça, destaca que ela compreende também os depósitos previstos em lei para a interposição de recurso, propositura de ação, como de resto demais para a prática de outros atos processuais **“inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”**.

Na mesma esteira, o art. 329, II, do NCPC[54] disciplina a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, como também o momento procedimental para tanto. Em essência são mantidas as bases do CPC/73, de sorte que, até a citação, permite-se essa alteração livremente, sem a necessidade de consentimento do réu; já após o saneamento, apenas é

permitida tal alteração com o consentimento do réu e **“assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar”**.

O art. 372 do NCPC,[55] na mesma linha e sem correspondente no CPC/73, ao disciplinar a viabilidade da produção da prova emprestada, assevera a indispensabilidade do contraditório, de modo a que o juiz possa admitir sua utilização, atribuindo-lhe o valor que entender devido, **“observado o contraditório”**.

Por sua vez, o art. 493, notadamente no que toca à disciplina à novidade positivada em seu parágrafo único do NCPC,[56] exige que as partes sejam ouvidas em contraditório nas hipóteses em que, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito. Se o juiz constatar de ofício o fato novo, **“ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”**.

Em que pese não exauriente nossa abordagem acerca dos dispositivos legais materializados no NCPC que versam sobre o contraditório, é possível decodificar, pela exposição *supra*, que o novo diploma processual, ao sobrelevar as bases democráticas da jurisdição, eleva à máxima proteção e pormenorização a garantia do contraditório, cânone fundamental do processo.

Desta forma, ao proporcionar a ampla participação dos sujeitos processuais na confecção do provimento final, o contraditório legitima o ato estatal: a decisão judicial existe e é válida, eficaz e legítima, consentânea com as normas constitucionais e com os ideais democráticos.

O respeito ao contraditório surge também adstrito à ideia de se evitarem surpresas às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo. Este um vetor informativo de todo o sistema a ser implementado pelo NCPC que, em seu art. 10, preconiza 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”.

Cumpre observar que, mesmo antes da entrada em vigor do dispositivo supratranscrito, já se defendia a proibição das decisões-surpresa no direito processual civil brasileiro, em razão do princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV).[57]

Observa-se que pela garantia do contraditório não há como se

conceberem decisões judiciais que venham a surpreender as partes por consignarem matéria estranha à discussão, ao debate em juízo estabelecido, o que se faz em respeito à própria ideia de Justiça.

A utilização pelo juiz, quando do julgamento da causa, de elementos estranhos ao que se debateu no processo, elementos estes de fato ou de direito, quer se trate de matéria de ordem pública ou não, resulta no que se convencionou denominar de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”, altamente reprovável e que, por violar o contraditório, contamina de nulidade a decisão maculada por esse vício.

Segundo a ótica do Estado constitucional, impõe-se que toda decisão judicial seja precedida da efetiva oportunidade de que as partes possam sobre ela influir, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sobre a qual se impõe o dever de conhecimento de ofício pelo juiz, tendo em vista propiciar às partes apresentar elementos de informação que possibilitem ao juiz melhor conhecer o tema a ser decidido.

Nesse sentido, a doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,[58] mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro que, em seu art. 10, determina: “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”. Desta forma, o contraditório também surge adstrito à ideia de se evitarem surpresas às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo.

Nesse contexto, destacamos ainda doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:[59]

> Não seria justo a uma parte não ter a oportunidade de se manifestar a respeito de alegações formuladas pela outra e, de repente, se ver prejudicada no processo por sua “provocada omissão”. O direito de ser informado está intimamente ligado ao direito de não ser pego de surpresa por alegações da parte contrária que anteriormente não eram conhecidas.

Não há a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quiçá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo.

Nessa esteira, em decorrência da garantia constitucional do contraditório, proíbe-se a chamada decisão-surpresa, que se caracteriza como uma decisão lastreada em premissas que não tenham sido objeto de prévio debate entre as partes ou a respeito das quais não se tenha tomado prévio conhecimento no processo em que proferida.[60] Impõe-se ao juiz, sob essa perspectiva, sob pena de caracterização de uma sentença de "terza via",[61] consoante doutrina italiana, o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, notadamente sobre aqueles que poderão ser objeto de decisão judicial, seja a requerimento da parte ou, até mesmo, de ofício.[62]

Nesse sentido, a lição de André Pagani de Souza:[63]

> […] a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos.

Observa-se, pois, que pela garantia do contraditório não há como conceber decisões judiciais que venham a surpreender as partes por consignarem matéria estranha à discussão, ao debate em juízo estabelecido, o que se faz em respeito à própria ideia de Justiça.

Assim sendo, reitere-se, na preservação da garantia constitucional, impõe-se a proibição de que as partes sejam surpreendidas, quando da prolação da sentença, com a inclusão de fatos novos, bem como com a concessão de tutela inadstrita aos limites do pedido.[64]

Relativamente aos fatos, impõe-se a vinculação do juiz aos elementos trazidos para a causa pelas partes, em observância à teoria da substanciação, o que nos faz afirmar que a sentença não pode julgar além ou fora do que tiver sido, na causa, pelas partes suscitado.

Ao magistrado é vedado, em observância à previsibilidade inerente ao direito de defesa, bem como em respeito ao contraditório, conhecer do que não tenha sido solicitado, apreciar questões que venham a extrapolar o quanto

pelas partes tenha sido postulado, bem como considerar fatos que por elas não tenham sido deduzidos.

Diante de qualquer prova produzida e inserida nos autos, deve o magistrado, para atender à garantia constitucional e, nesse sentido, evitar surpresas, proporcionar ciência aos interessados para que, querendo, possam exercitar o contraditório.

Não se há de questionar o poder-dever conferido ao magistrado para reconhecer *ex officio* e, no curso do processo, as matérias de ordem pública, sejam elas de natureza material ou processual. O novo Código de Processo Civil brasileiro, no supramencionado art. 10, superando qualquer questionamento acerca da possibilidade *(ou não)* de o juiz conhecer de ofício tais matérias, exige expressamente a abertura do contraditório diante de tais temas, na esteira do que já ocorre em ordenamentos estrangeiros, tais como no ordenamento processual português, francês, alemão e italiano, por exemplo.

Trazemos primeiramente à colação a experiência materializada no ordenamento português, no art. 3º, item 3, cuja redação é a seguinte: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciar".[65]

O direito francês também veicula comando nesse mesmo sentido no art. 16, alínea 1ª, ao consignar que: "O juiz deve, em qualquer circunstância, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório", que deve ser conjugada com sua alínea 3ª, segundo a qual "ele não pode fundamentar sua decisão em motivos, explicações e documentos propostos de ofício sem ter antes solicitado às partes que apresentassem suas defesas".[66]

Por seu turno, o direito alemão veicula, na segunda alínea do art. 139, reformado em 2004, vedação às chamadas *sentenças com surpresa*, de sorte a conter dispositivo legal que permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido pelas partes, somente quando tiver provocado o debate, providência esta que também se aplica quando a decisão estiver fundamentada em entendimento de direito diverso do proposto pelas partes. Demais, a alínea terceira do mesmo dispositivo legal determina ao magistrado, ainda, dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados *ex officio*.[67]

O Código de Processo Civil italiano, mesmo antes da Reforma realizada em 18.06.2009, já continha em seu art. 183, parágrafo 4º, aplicável ao rito ordinário, a seguinte redação: “o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão”, dispositivo legal este que expressamente consignava o dever imposto ao juiz de provocar o debate das questões cognoscíveis de ofício, mas não cominava nenhuma sanção ao seu descumprimento. Hoje, após a Reforma, o Código de Processo Civil italiano prevê em seu novo e atual art. 101 que: “o juiz, salvo se a lei dispuser de forma diversa, não pode decidir qualquer questão se a parte contra a qual é proposta não tiver a oportunidade de sobre essa questão se manifestar”.[68]

Transposta a questão para o ordenamento pátrio, temos que a correta aplicação da norma legal veiculada no novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 10, no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública, impõe, sim, a observância do contraditório, sob pena de caracterização das “nulidades-surpresa”, derivadas de um vício resultante de um exercício inválido do poder de decisão perpetrado pelo magistrado.

Destarte, ainda que não tenha deferido algo diverso do pedido e que o resultado final seja o que foi postulado, a “decisão-surpresa”, por violar as garantias do contraditório e do devido processo legal, permanece maculada de nulidade: o vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes.[69]

6.5. INÉRCIA DA JURISDIÇÃO, DISPOSITIVO, DEMANDA, IMPULSO OFICIAL E CONGRUÊNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL



A função jurisdição, em regra, é uma atividade que exige provocação da parte interessada, diante da lesão ou mesmo ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado. Nesse sentido o art. 2º do NCPC: "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei".

Não há como conceber a atividade jurisdicional sem a respectiva ação, o que nos remete à necessidade de um pedido – ressalvadas raríssimas exceções – o que justifica a incidência dos brocardos *nemo judex sine actore*, a exteriorizar a máxima segundo a qual não há juiz sem autor, bem como *ne procedat judex ex officio*, ou seja, não procede o juiz de ofício: os juízes não saem em busca das lides para resolvê-las, mas aguardam que os interessados, frustradas eventuais tratativas amigáveis, busquem espontaneamente a intervenção estatal, propondo a demanda.[70]

Importante aqui sublinhar que inércia da jurisdição e demanda tratam, pois, do mesmo fenômeno processual analisado por ângulos distintos: "O *princípio da inércia da jurisdição* é o mesmo *princípio da demanda* visto pelo lado passivo", enunciado este a explicar o porquê da sinonímia "princípio da necessidade da demanda".[71] Compreendidos como verso e reverso de um mesmo fenômeno, nítida exsurge a interação entre os dois princípios que, desta forma, são complementares.

Importante destacar, ademais, a preocupação do legislador para com a necessária imparcialidade do magistrado e igualdade a ser estabelecida entre as partes, vedando-se, em consequência, ao órgão que julga dar início à relação processual. Essa, uma conquista do liberalismo político: o acusador dificilmente será um bom julgador.

Em contraponto à inércia da jurisdição, surge o princípio da demanda, elemento fundamental do processo civil, na medida em que delimita *quando*

e *a que respeito* o Estado deverá atuar. Desta forma impõe-se ao magistrado julgar nos limites do pedido deduzido, sob pena de mácula à feição democrática da jurisdição.

Imperioso que o Estado observe e respeite a autonomia da vontade da parte que, nesse sentido, forma o processo e delimita os possíveis parâmetros da atividade judicial.

Não obstante traduzir um verdadeiro axioma e, desta forma, revelar-se como fundamento da atuação jurisdicional, cumpre-nos destacar que, assim como qualquer outro, o princípio ora em comento sofre exceções consignadas na letra da lei, exceções que veiculam autorização para que o magistrado, independentemente de provocação da parte interessada, movimente a máquina judiciária.

Explicam-se tais exceções em face da natureza particular do próprio objeto do processo. Tendo este caráter instrumental, é preciso atentar à natureza do direito substancial a cuja atuação ele se volta. A disponibilidade é ilimitada quando se trata de um direito privado, mas, tratando-se de direitos públicos, as tendências publicistas do processo podem ser exacerbadas, levando a relegar a um segundo plano o princípio da ação.[72]

Demais, ainda no que se relaciona ao tema das exceções ao princípio da inércia, cumpre destacar no âmbito do Código de Processo Civil, de forma exemplificativa, os poderes instrutórios do juiz, sem que nos esqueçamos do conhecimento das matérias de ordem pública, temas estes influenciados pelo princípio inquisitivo do processo.

Ressalvadas as exceções, nítida a opção do nosso ordenamento pelo princípio da demanda, encerrada a máxima segundo a qual, em regra, o juiz não procede de ofício, de sorte a aguardar a provocação da parte para a incoação do processo, pautando sua atuação nos exatos limites da pretensão deduzida.

O princípio da iniciativa da parte surge inserido praticamente em todos os ordenamentos, consignado nas legislações modernas quer de forma expressa, quer implícita. Nesse contexto, destacamos a título exemplificativo o ordenamento italiano que, na esteira da garantia constitucional do amplo acesso à Justiça materializada no art. 24, “Tutti posso agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legitimi” – todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos –, consigna, no art. 99 do Código de Processo Civil, que “Chi vuole far valere un diritto in giudizio

deve propore domanda al giudice competente" – quem quiser fazer valer um direito em juízo deve propor uma demanda ao juízo competente.

No mesmo sentido o sistema jurídico francês, ao consignar, no art. 1º, primeira parte, do Novo Código de Processo Civil, que: "Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement" – só as partes introduzem a instância, exceto nos casos em que a lei dispõe de forma diversa.

Não obstante tecermos aqui brevíssimas considerações acerca de situações extraídas do direito estrangeiro, reiteramos que a provocação inicial para a instauração do processo se traduz numa necessidade e numa realidade dos ordenamentos modernos. Diversa não é a situação no ordenamento pátrio!

Consiste a demanda no ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional, ato este que, ao veicular um pedido, determina o objeto do litígio e, em consequência, o âmbito da atuação judicial.

A movimentação da máquina judiciária adstrita à iniciativa das partes e, por conseguinte, a proibição de atuação *ex officio*, ressalvadas as situações excepcionalíssimas previstas em lei, traduzem uma realidade processual tanto para os direitos disponíveis quanto para os indisponíveis.

Como doutrina Bedaque: "O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do objeto litigioso. Ainda que indisponível o direito subjetivo material, persiste o princípio da inércia da jurisdição. Isso significa que, mesmo com relação a essa categoria de direitos, o interessado tem o monopólio da demanda. E, se o Estado tem interesse direto ou indireto na relação ainda assim não se confere poder de iniciativa ao juiz. Institui, ele, outro órgão e lhe atribui legitimidade para propor a demanda".[73]

Tendo como ponto de partida a afirmação de que as partes, quer se trate de direito disponível ou não, são totalmente livres para acionar o Poder Judiciário, na medida e observados os limites que lhes aprouver, debruçamo-nos sobre as manifestações do princípio da demanda a fim de melhor aferirmos a sua extensão e alcance.

Cumpre-nos, no entanto, antes, tecer uma primeira advertência: dada a inequívoca proximidade entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, ora a doutrina resolve por bem não distingui-los, ora acaba por

incluir, no conteúdo de um deles, a carga epistemológica do outro. Assim é que, não raro, decodifica-se a análise do princípio da demanda por parte do conteúdo do princípio dispositivo.

Em que pese à relação entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo, porquanto ambos decorrem do princípio da autonomia da vontade, não se há de confundi-los.

O princípio da demanda está associado, tão somente, ao poder conferido à parte ou interessado para movimentar a máquina judiciária, esgotando neste conteúdo a sua manifestação. Não se há de confundir a provocação, o ato de incoação, com o conteúdo da provocação, a primeira relacionada ao princípio da demanda, enquanto esta última afeta a uma das manifestações do princípio dispositivo.

A questão atinente ao poder de delimitar a extensão do julgamento que, nesse sentido, deve estar adstrito aos limites do pedido – daí exsurgindo o princípio da congruência – ultrapassa o conteúdo do princípio da demanda para versar a disponibilidade conferida à parte no processo.

Assim, no que concerne ao princípio da demanda, destacamos a manifestação relativa à iniciativa na inauguração do processo, iniciativa esta adstrita à vontade da parte interessada – o que revela atuar o princípio dispositivo na demanda –, vedada, em regra, a atuação de ofício do juiz.

Observa-se, por tais razões, no que toca à questão da iniciativa do processo, a contraposição estabelecida para com o princípio inquisitivo, vedado, pois, ao mesmo órgão de julga, instaurar o processo.

Exige-se assim, em regra, a iniciativa da parte para a movimentação da atividade jurisdicional, daí afirmar-se que “um processo não se entende como instaurado se não houver uma demanda inicial proposta pela parte”.[74]

Já o princípio dispositivo, conhecido que é em todos os países civilizados, enseja, face à ausência de uniformidade interpretativa de que se reveste, uma investigação explorativa acerca de seu significado. Dotado de várias facetas e manifestações, impõe-se à reflexão o seu verdadeiro conteúdo e abrangência.

A primeira dificuldade no estudo da questão reside na delimitação do exato significado da expressão *princípio dispositivo*, termo equívoco e que pela doutrina é utilizado para designar situações diversas, sem que possamos extrair uma uniformidade interpretativa: “poucas expressões tão equívocas

em ciência jurídica como esta: princípio dispositivo. Ela é usada em diversíssimos contextos, ora para aludir à iniciativa da instauração do processo […], ora para aludir à delimitação do objeto do processo e, portanto, do objeto do julgamento […]. Mas também se fala em princípio dispositivo acerca, por exemplo, da iniciativa na produção de provas. E também se fala em princípio dispositivo no tocante à possibilidade de praticar atos de disposição do direito litigioso do feito, por exemplo, transação, renúncia, reconhecimento, etc., como reflexo, acrescenta-se, da chamada autonomia da vontade".[75]

Vale aqui registrar que o princípio dispositivo, ao longo do tempo, vem sendo depurado em seu conteúdo, refinado, sendo que em perspectiva histórica podemos encontrar suas raízes no direito romano, adstrito à ideia de que as partes têm liberdade para dispor de seus direitos, podendo exercitá-los em juízo (ou não).[76]

Diante dessas considerações, controvertida na doutrina a delimitação do exato conteúdo do princípio dispositivo. Em que pesem as divergências, arvoramo-nos na tentativa de delimitar o seu conteúdo. Cumpre-nos evidenciar o princípio dispositivo não apenas como um princípio técnico instituído para regular o processo, estando seu conteúdo relacionado à forma pela qual deve ser conduzido o processo: se com predominância da atuação judicial ou, em sentido diverso, se prioritariamente segundo as determinações e impulsos das partes.

Mister entendê-lo, também, como um princípio que atua na determinação do objeto do processo unicamente pelos litigantes, de sorte que às partes se confere não só a tarefa relativa ao estímulo inicial do processo, mas, também, a de delimitação do *thema decidendum*, restringida a este a atuação judicial, devendo o magistrado examinar integralmente o litígio submetido à sua apreciação, vedadas, ademais, providências que não estejam em adstrição a tais limites.

Faz-se oportuno, neste contexto, afirmar que, a par da (aparente) contraposição entre os princípios dispositivo e inquisitivo, não se há de questionar, na atualidade, diante da evolução da ciência processual, a convivência desses dois princípios em um mesmo sistema, conclusão esta que se faz à luz da atuação oficiosa do juiz no que toca ao material probatório. Esta é uma das mais importantes consequências da chamada publicização do processo civil, que, sem discutir a vigência do princípio dispositivo, mas

atenuando a sua atuação,[77] se materializa na outorga de poderes instrutórios ao órgão judicial, poderes estes que, no entanto, encontram limitação na pretensão posta em juízo.[78]

Resta-nos ainda analisar o princípio da congruência, também denominado correlação ou adstrição, que reflete correspondência exata entre o pedido e a sentença, de forma a revelar limites à atuação judicial, vedado ao magistrado proferir solução distinta ou inadstrita ao pedido. Na preleção de José Carlos Barbosa Moreira:[79] "O juiz deve julgar todo o pedido e só o pedido, e não deve dizer absolutamente nada sobre o que não esteja contido nesse círculo".

A doutrina italiana fala em *principio della correlazione tra azione e sentenza*, ou seja, princípio da correlação entre ação e sentença, para se referir à congruência da tutela, princípio este que se resolve e traduz duas obrigações ao juiz: a primeira, de pronunciar-se sobre toda a demanda e, a segunda, de pronunciar-se, apenas e tão só, sobre ela.[80]

Ressaltamos que a atuação jurisdicional estatal, em regra, só poderá ser exercitada se provocada e na exata medida e limites dessa provocação. Neste contexto exsurge o princípio da congruência da sentença ao pedido, como limite à ingerência do Estado na órbita privada das partes, de modo a preservá-las e garanti-las contra excessos discricionários e arbitrariedades perpetradas na sentença.

Enquanto pretensão projetada para o processo, o pedido surge na relação processual, em observância à inércia da jurisdição e à imparcialidade do juiz, indispensável, ademais, ao exercício do contraditório, como condição e limite à atividade jurisdicional num Estado de direito. O autor, ao deduzir o pedido, indica os fundamentos de fato e de direito que lhe conferem substrato, e, de outro lado, o réu, ao oferecer a sua defesa, de forma idêntica e simétrica, aponta as causas que justificam a improcedência desse pedido. Conformado o pedido pela defesa, ao juiz se impõe a limitação ao deduzido em juízo.[81]

Ao se debruçar sobre o objeto do processo, ao magistrado impõe-se analisar todos os elementos objetivos da demanda. Deve ater-se ao pedido, iluminado que surge na petição inicial, pela causa de pedir, como também, à defesa manifestada pelo réu, não sendo permitido ao magistrado se afastar dos termos em que a lide foi desenhada pelo autor e redesenhada, pela participação do réu, na relação processual.[82] E, se após a propositura da ação algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor influir

na decisão da lide, caberá ao magistrado dele conhecer, *ex officio* ou a requerimento, e examiná-lo no momento de proferir a decisão final. Desta forma, a atuação do magistrado deve estar circunscrita aos limites do pedido, observado o *thema decidendum* proposto pelas partes, o que se nos afigura decorrente, principalmente, da incidência do princípio dispositivo, como também, do contraditório e da ampla defesa. Assim, "se exige que a sentença se refira às alegações das partes: é a única forma de se ter certeza de que o princípio do contraditório foi respeitado".[83]

Significa que a conduta do réu na relação processual influi no julgamento do pedido deduzido em juízo, pedido este que atua como elemento norteador e limitador da atividade judicial. Outrossim, significa, ainda, que a individualização e identificação do pedido se mostram insuficientes para aferir a congruência da tutela, situação esta que nos remete à importância da dinâmica da relação processual como elemento a ser considerado na prolação da sentença.[84]

Em que pese a tendência manifestada nas últimas reformas processuais de modo a apontar para a concessão de maiores poderes à magistratura, se nos afigura imperioso, em observância à tutela constitucional do processo, bem como à autonomia da vontade assegurada pelo princípio dispositivo, explicitar que, a nosso ver, ao Estado se impõe subserviência à vontade da parte exteriorizada na delimitação do pedido, sob pena de, ao alargarmos o espectro da atuação jurisdicional, legitimarmos a concessão de tutela *ex officio*, reflexo de atuação e ingerência estatal sem a respectiva e imprescindível provocação, o que nos afigura atentatório à feição democrática da jurisdição.[85]

Não raro a doutrina se vale, para a identificação e conceito do princípio da congruência, das espécies de incongruência, o que significa que a dogmática processual enfatiza o tema da incongruência, de forma a exsurgir a congruência, por exclusão. Vale dizer, será congruente a sentença que não estiver eivada dos vícios de incongruência e, nessa medida, não for *extra*, *ultra* ou *citra petita.*

Nesse sentido, reza o art. 141 do NCPC que: "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", que deve ser conjugado com o art. 492 do mesmo Código: "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".

Não obstante o teor do quanto veiculado nos dispositivos legais supramencionados, que estabelecem os limites e a congruência da tutela, trazemos à reflexão o § 2º do art. 322 do NCPC, que determina que "A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé", dispositivo legal este em substituição ao art. 293 do Código de 1973, que estabelecia a interpretação restritiva do pedido.

Inúmeras as inquietações e indagações a respeito da alteração implementada pelo novo Código, notadamente quando analisada a questão em face do princípio da congruência. Estaria o novo Código a autorizar condenação sem pedido? Poderia o juiz extrair o pedido das entrelinhas e conceder ao autor aquilo que ele não pediu, embora pudesse tê-lo feito? Mais, o que se deve entender pela expressão "conjunto da postulação"? E, ainda, como o réu exercitará o contraditório diante de um pedido não formulado – mas que poderia ter sido – e que pode ser objeto de tutela jurisdicional?

O legislador abandonou a regra quanto à interpretação restritiva do pedido veiculada no art. 293 do CPC de 1973, para adotar outra, abraçada por alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, e que surge denominada de interpretação lógico-sistemática, interpretação esta que decodifica o pedido não apenas pelo "texto", mas sim pelo "contexto" da narração fática veiculada na inicial. Permite-se, pois, ao magistrado extrair pedidos não expressos na petição inicial, mas que, em tese, seriam passíveis de ser deduzidos, de acordo com o conjunto da postulação, desde que em respeito ao princípio da boa-fé.

Objetiva a alteração legal conferir maior efetividade à interpretação do pedido, de modo a considerar a petição inicial em seu todo: "o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição".[86]

Analisando alguns julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, podemos decodificar que essa regra interpretativa quanto ao pedido já vem sendo adotada há algum tempo.

No Agravo Regimental no Recurso Especial 243.718/RS, de relatoria do Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 2010, ficou consignado que: "O pedido feito com a instauração da demanda emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não

podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação ‘dos pedidos’, devendo ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural, ainda que implícitos. Assim, se o julgador se ateve aos limites da causa, delineados pelo autor no corpo da inicial, não há falar em decisão *citra*, *ultra* ou *extra petita”*.[87]

Nesse sentido, destacamos o quanto decidido no Recurso Especial 1.049.560/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, também julgado em 2010, que : “ O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. (…) O pedido deve ser interpretado como manifestação de vontade, de forma a tornar efetivo o processo, amplo o acesso à justiça e justa a composição da lide”.[88]

Resta aqui a indagação: ao considerar o conjunto da postulação na interpretação do pedido, poderá o juiz até mesmo conceder pedidos não expressamente veiculados pela parte, desde que decorram da sua argumentação fática e da pretensão globalmente considerada?[89]

Nesse sentido, o Recurso Especial 1.263.234/TO, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em 2013: “Reconhecimento de sociedade de fato. Pedido não expresso na Inicial (…). Ausência de pedido formal de reconhecimento de sociedade de fato. (…) As consequências dessa ausência de pedido expresso, porém, devem ser interpretadas sob uma ótica mais moderna do Processo Civil, que se volta para uma efetiva prestação jurisdicional, para a justa composição da lide, para o resguardo da norma principiológica da boa-fé. (…). O STJ tem adotado cada vez mais a tese de que o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo e a decisão que considera, de forma ampla, o pedido formulado pelas partes, não viola os CPC/1973 128 e 460, pois o pedido deve ser lido com o que se pretende com a instauração da ação (…). Assim, impõe-se o reconhecimento de que a sentença não extrapolou o pedido, visto de forma sistematizada”.[90]

Não obstante certos julgados do Superior Tribunal de Justiça terem reconhecido que o pedido não se extrai apenas daquilo requerido em um capítulo específico da petição inicial, mas do conjunto e do contexto fático veiculado na inicial, a partir de uma interpretação sistemática de toda a peça vestibular, e não obstante o texto expresso do § 2º do art. 322 do novo Código de Processo Civil ter incorporado tal entendimento, preocupa-nos a

questão quando analisada em face do contraditório e vedação das decisões-surpresa, garantias estas asseguradas no sistema processual. Assim, necessário se faz compatibilizar a regra da interpretação lógico-sistemática do pedido com a congruência da tutela jurisdicional e o princípio dispositivo.

6.6. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO[91]

Na atualidade impõem-se a agilização e a dinamização dos meios de entrega da prestação jurisdicional, como também a introdução de mecanismos que assegurem uma tutela justa e adequada à composição do conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário.

São exigidos novos caminhos à minimização da atual crise de Justiça que assola o Poder Judiciário, objetivando conferir maior tônus de efetividade ao processo e à tutela jurisdicional: este o cenário face ao qual se pretende discutir e problematizar o tempo de duração do processo.

Não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos identifique critérios objetivos para a aferição do que seja prazo razoável, tais como a complexidade da causa, o comportamento dos litigantes e o comportamento das autoridades, importante sublinhar que o prazo razoável, conceito indefinido que é, há de ser aferido a partir de métodos que, no caso concreto, impõem examinar as circunstâncias caso a caso.

Não obstante a ausência de consenso acerca do marco inicial de tal preocupação, reputa-se a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais o tratado que içou à categoria de direito fundamental o direito à tutela jurisdicional em um prazo razoável e sem dilações indevidas. Hoje, podemos identificar que a garantia do processo em um prazo razoável encontra-se positivada em alguns dos principais documentos assecuratórios de direitos fundamentais. Assim é que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), em seu art. 9º, § 3º, preleciona: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas

a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença".

No mesmo sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 em São José da Costa Rica, segundo previsão contida em seu art. 8º, I: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

A preocupação com o tempo de demora do processo constituiu preocupação também da Organização das Nações Unidas, por meio do Grupo de Integridade Judicial, responsável pela elaboração do documento intitulado "Princípios de Conduta Judicial de Bangalore", aprovados no ano de 2001 em Haia, e que consiste em um projeto de código judicial a ser aplicado em âmbito mundial, baseado em textos integrantes dos sistemas de proteção nacionais, regionais e internacionais, entre os quais podemos destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da própria ONU: "6.5. Um juiz deve executar todos os seus deveres, incluindo a entrega de decisões reservadas, eficientemente, de modo justo e com razoável pontualidade".[92-93]

O direito de acessar a ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada que, entre outros atributos, há de ser concedida em um prazo razoável. Este o teor do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004:[94] "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[95]

O dispositivo constitucional em comento explicita o direito fundamental a um processo com duração razoável, nos âmbitos judicial e administrativo, bem como os meios que garantam esta sua qualidade, de sorte a integrar o rol dos direitos fundamentais previstos em nossa Carta Constitucional.

Considerando a inegável morosidade na tramitação dos processos no Brasil,[96] o legislador constitucional positivou a duração razoável do processo, mas sem definir qual seria o tempo de tramitação para que se verificasse o comando constitucional – e, por certo, não poderia ser de outra forma. Tem-se, portanto, um conceito indeterminado que compete à doutrina tentar

encontrar a maneira de (i) aferi-lo e (ii) efetivá-lo, caso a caso, sem que se possa, *a priori*, fixar um número como sendo aquele o "prazo razoável". Portanto, ainda que se considerem os critérios acima mencionados e as peculiaridades de cada causa, não é possível, de antemão, afirmar qual seria o prazo razoável de duração de determinado processo.

Impõe-se, pois, nos dias atuais, a atualização e revisitação do próprio princípio do acesso à justiça, princípio este que hoje já não mais se exaure na possibilidade do exercício do direito de ação, mas abarca também, e principalmente, o direito conferido ao jurisdicionado à obtenção de uma tutela adequada à natureza do direito material controvertido e que venha a conferir ao jurisdicionado, num prazo razoável e observado o devido processo legal, exatamente aquilo a que tem direito de obter.

O art. 4º do NCPC revela exatamente essa preocupação da processualística: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

A atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento e a declaração de direitos, mas envolve também, e principalmente, a concretização, a satisfação desses direitos, a partir de um modelo sincrético de tutelas que, em uma única relação processual, concentra "fases" cognitiva, executiva (cumprimento de sentença) e medidas acautelatórias. Destacamos aqui a questão da racionalidade do processo e a otimização da prática de atos processuais: trata-se de uma questão de eficiência![97]

Sob essa ideologia de conferir maior celeridade à prestação da justiça e buscar instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos junto ao Poder Judiciário, o NCPC adota técnicas de agilização processual.

Algumas repercussões do princípio da duração razoável podem ser decodificadas no NCPC, de sorte que aqui podemos destacar, exemplificativamente: a ampliação do procedimento eletrônico, a simplificação e a limitação de alguns recursos, a majoração dos honorários sucumbenciais, a sucumbência recursal, a otimização dos mecanismos de uniformização jurisprudencial, para multas por recursos protelatórios, entre outras medidas que têm por escopo otimizar o processo e, dessa forma, conferir-lhe celeridade. Objetiva-se simplificar, acelerar e democratizar o acesso à Justiça.

6.7. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A boa-fé objetiva exsurge no sistema processual extraído de uma cláusula geral, porquanto deve ser entendida como uma norma de comportamento, de fundo ético, juridicamente exigível e independente de qualquer questionamento em torno da presença de boa ou de má intenção.[98] Sobre a questão debruçamo-nos em reflexão, o que nos leva a perquirir sobre a presença de valores éticos na ordem constitucional e infraconstitucional, como também sobre a influência desses mesmos valores na atividade processual.

Neste contexto, importa sobrelevar o destaque ideológico conferido pela atual Carta Constitucional aos valores éticos e morais que devem permear os atos dos particulares e do poder público, sejam estes atos vinculados à ordem econômica, social ou política, e que objetivam assegurar os ideais que devem permear um Estado democrático de direito.[99] Mais especificamente, cumpre ressaltar também a importância conferida à Justiça, prestigiada como um dos valores supremos da nação,[100] fato este que, infraconstitucionalmente, repercute na superação da visão puramente técnica e formal do processo.

Exige-se o afastamento e banimento das condutas que impliquem abuso do processo, impondo-se em resposta a atuação pronta e efetiva do Estado-juiz no seu combate, de modo a valorizar o comportamento ético dos sujeitos processuais e eliminar máculas morais que possam comprometer a função social do processo.

Conforme salientado por Humberto Theodoro Junior:[101] A procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude, e toda e qualquer manifestação de má-fé ou temeridade, praticados em juízo, conspurcam o objetivo do processo moderno no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de "equidade substancial e de justiça procedimental, consagrados pelas normas constitucionais".

Embora o abuso do processo possa se apresentar pelas mais diversas formas, capituladas na litigância de má-fé, na fraude processual, no manifesto propósito protelatório, entre outras – sem que se faça menção expressa, contudo, ao termo "abuso"[102],[103] –, faz-se mister salientar que todas essas formas tratam de um mesmo fenômeno, unitário que é, o qual reúne em si condutas praticadas com o desvio da finalidade do processo.

Este é o elemento imprescindível à caracterização do abuso do processo, mas que se conjuga a outros, tais como a falta de seriedade do ato, a ilicitude e a ilegitimidade do fim desejado pelo agente, bem como a lesão à administração da Justiça.[104], [105]

Vale destacar, por último, a inevitabilidade do dano advindo do abuso, seja ele de caráter patrimonial ou moral, a atingir quer a dignidade dos participantes do processo, quer a autoridade do próprio Estado.[106]

Em que pese a importância da prevenção ao abuso do processo a partir da veiculação de deveres de lealdade e boa-fé, destacam-se, por outro lado, as medidas de natureza punitiva – dotadas também de caráter preventivo – que culminam na imposição de multa.

Neste contexto, importa consignar o repúdio à utilização do processo de modo a desviá-lo de sua finalidade constitucional e ontológica, que o revelam como instrumento de pacificação social.

Sem prejuízo das discussões estabelecidas em sede doutrinária a respeito do beneficiário das multas processuais aplicadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento, em decorrência da caracterização do abuso do processo, impõe-se, em regra, que o valor da multa seja revertido à parte prejudicada, em que pese seja, inevitavelmente, o Estado sempre o maior atingido. Assim, ao aplicar as sanções impostas às condutas que venham a revelar o desvio da finalidade ontológica do processo, estará o magistrado a ele conferindo efetividade!

A boa-fé objetiva é sobrelevada pelo NCPC que, em diversos dispositivos legais, a ela faz menção. Nesse sentido, exemplificativamente, destacamos: (**a) Art. 77** – "Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V – 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; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso"; (**b) art. 322, §**

2º – “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”; (**c) art. 489 § 3º** – “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”; (**d) Art. 774** – “Considera-se atentatória 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”.

6.8. COOPERAÇÃO



O art. 6º do NCPC consagra expressamente o princípio da cooperação ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O que se busca instituir, com inegável inspiração nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), é um “modelo de processo cooperativo”,[107] “vocacionado à prestação da efetiva tutela jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional”.[108]

Como bem ilustram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “para que o processo se desenvolva regularmente é necessária a atividade de no mínimo três pessoas – um autor que pede, um

réu que se defende e um juiz que julga".[109] Além das partes e do juiz, também participam do processo os auxiliares da justiça e, eventualmente, terceiros intervenientes, o Ministério Público, a Defensoria etc.

Por isso é que se afirma que cada uma dessas pessoas, ao desempenhar o seu papel tal qual estabelecido pela Constituição Federal e pela legislação processual, formam uma "comunidade de trabalho".[110]

Em outras palavras, cada um dos participantes do processo tem um complexo de direitos, poderes, faculdades e ônus que devem ser observados ao longo do procedimento com pelo menos um objetivo em comum: a prestação da tutela jurisdicional.[111] E mais: tal prestação deve ser feita em tempo razoável, cujo resultado também deve ser justo e concreto (*efetivo)*.

Assim, todos os participantes do processo, sem exceção, devem cooperar para se alcançar este resultado comum (a prestação da tutela jurisdicional), cada um exercendo seu papel de acordo com a divisão de trabalho traçada pelo ordenamento jurídico.

Obviamente, afirmar que todos devem cooperar não quer dizer que as partes devem entrar de mãos dadas no tribunal, ou que um advogado deve ajudar o colega da parte contrária a vencer a demanda. Por outro lado, os advogados e as partes, apesar de defenderem interesses divergentes, não estão desobrigados de *manter um diálogo franco e leal entre si*, observando os deveres de probidade e boa-fé que emanam do art. 5º do NCPC.[112] Assim, nesse sentido, ainda que boa-fé e cooperação não se confundam, há uma clara intersecção entre esses dois conceitos que faz com que as partes e seus advogados se comportem de maneira tal que não causem empecilhos ou se utilizem de expedientes infundados para dificultar o exercício do direito da outra. Em suma, devem as partes e os advogados seguir a sabedoria popular e compreender que "muito ajuda quem não atrapalha".

Quanto ao juiz, não pode haver dúvida de que este tem o dever de cooperar com as partes no sentido de se trabalhar para obter a tutela jurisdicional efetiva (concreta) em tempo razoável. A cooperação, para o juiz, é verdadeiro desdobramento do princípio do contraditório, pois ao mesmo tempo que ele vela pela sua observância o magistrado também participa da sua aplicação ao longo do processo. Ou seja, o juiz tem o dever de participar do processo *dialogando com as partes*, conduzindo-o com lealdade, exercendo os seus poderes instrutórios, decidindo e determinando a prática dos atos necessários para que a sua decisão seja implementada de maneira

concreta e se traduza em um resultado real e palpável para aquele que foi lhe pedir tutela jurisdicional.

No direito português, também está presente o princípio da cooperação no art. 7º, I, do Código de Processo Civil de 2013, ao dispor que "na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio". Miguel Teixeira de Sousa, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, afirma que o *princípio da cooperação* gera os seguintes poderes-deveres para o juiz: (a) dever de esclarecimento; (b) dever de consulta; (c) dever de prevenção; (d) dever de auxílio.[113]

O *dever de esclarecimento* deve ser entendido como o dever que o juiz tem de solicitar às partes explicações sobre o alcance de seus pedidos e manifestações. Já o *dever de consulta* deve ser entendido como aquele segundo o qual o juiz deve colher a manifestação das partes antes de proferir sua decisão. O *dever de prevenção*, por sua vez, é caracterizado pelo dever do juiz de alertar as partes sobre o uso inadequado do processo ou sobre a inviabilidade do julgamento do mérito. Por fim, o *dever de auxílio* deve ser entendido com aquele dever do juiz de incentivar as partes a superar dificuldades relativas ao exercício de seus direitos, deveres, faculdades e ônus processuais.[114]

Como ilustração da atuação do princípio da cooperação, podem ser citados exemplos no NCPC: dever de o advogado informar endereço para receber intimações (art. 77, V); viabilidade de os advogados realizaram intimações ao longo do processo (art. 269, § 1º); identificação consensual das questões de fato e de direito pelas partes (art. 357, § 2º); escolha em comum do perito (art. 471); possibilidade de celebração de negócios processuais (art. 190); determinação de emenda da inicial (art. 321) etc.

6.9. PRINCÍPIO DA ISONOMIA



Estabelece a Constituição Federal, no *caput* do seu art. 5º, que "todos são iguais perante a lei", igualdade essa, evidentemente, que também deve ser observada no âmbito do processo. Como consequência, cabe ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, em cumprimento ao art. 7º do CPC.[115]

Esse tratamento isonômico, que compete ao juiz dar às partes, deve proporcionar a chamada isonomia real, e não aquela meramente formal. Ou seja, o juiz deve estar atento às condições das partes, para tratar os iguais de maneira igual. Mas, de outro lado, as partes que estiverem em situações desiguais devem ser tratadas de forma desigual, para que se obtenha o equilíbrio real que o princípio pretende garantir.

É o que bem explica Cassio Scarpinella Bueno:

> "O princípio, contudo, vai além, para atingir também situações em que existe real desigualdade, uma desigualdade pressuposta pelos litigantes. Nesses casos, é legítimo que a lei crie mecanismos para igualar a situação, colocando em pé de igualdade ambos os litigantes. O que releva, em tais casos, é que o tratamento desigual seja suficientemente justificável, isto é, que ele seja devido e adequado para equilibrar, perante o Estado, situação de desequilíbrio estranho ao processo ou, quando menos, que surge no próprio plano do processo. É o que deriva da costumeira e correta lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida".[116]

Por essa razão, não se entende inconstitucional dispositivo legal que atribui tratamento diferenciado às partes, desde que tal diferença de

tratamento seja justificada pela desigualdade das mesmas, e reflita a intenção de equilibrar a situação dos litigantes e proporcionar a isonomia real. Assim, diversos dispositivos processuais estabelecem algum tratamento diferenciado às partes, mas justificados por conta da busca dessa igualdade substancial.

É o que se nota do tratamento diferenciado que é dedicado ao consumidor litigante, por conta da aplicação das regras do diploma consumerista. Por entender a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, o CDC se vale de mecanismos para igualar as forças do consumidor e do fornecedor dentro do processo. É essa razão que justifica a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, sendo verossímil a alegação ou sendo ele hipossuficiente, como preconiza o art. 6º, VIII, do CDC.

No CPC, regras que estabelecem benefício de prazo para uma ou algumas das partes também se justificam pela pretensão de obtenção de isonomia real. Tal se dá quando o art. 229 garante aos litisconsortes, com diferentes procuradores de escritórios de advocacia diferentes, prazos em dobro para as suas manifestações. Tal benefício é motivado pelo fato de esse litisconsórcio dificultar o acesso aos autos, que não poderão ser levados em carga pelo advogado de um deles quando se tratar de prazo comum.[117]

Tanto é verdade que a contagem dobrada do prazo não incide nos autos eletrônicos, já que a pluralidade de partes com advogados distintos não prejudicará o acesso aos autos, que poderão ser consultados por mais de um litigante, ao mesmo tempo, de locais diferentes.

Ainda quanto ao benefício de prazo, essa procura da isonomia real é o que fundamenta a adoção de prazos diferenciados para o Ministério Público e para a Fazenda Pública. O tratamento é justificado pela situação desses litigantes, que lidam com grande volume de causas e não têm a possibilidade de, ainda que sobrecarregados, selecionar causas, recusando aquelas que ultrapassem o limite do que seria razoável assumir.

Ainda como exemplo de tratamento diferenciado justificado, oportuno mencionar a questão da remessa necessária. Esta, que também se conhece por “recurso de ofício” – denominação que não se mostra adequada, porque a inexistência de impugnação expressa e voluntariamente apresentada não permite enxergar essa técnica como recurso – deve ser vista como verdadeira condição de eficácia da sentença.

Segundo essa condição, ainda que não interposto recurso da sentença

proferida contra a Fazenda Pública, a decisão ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição como estabelece o art. 496 do CPC. Pretende-se com tal técnica permitir que órgão hierarquicamente superior verifique a correção de sentença proferida contra a Fazenda Pública, já que se estará condenando, indiretamente, a própria coletividade.[118]

De outra parte, pertinente assinalar que a valorização dos precedentes dos tribunais no nosso diploma processual, buscando proporcionar aos litigantes, em situações iguais, igualdade de resultados, tem também a nítida preocupação de preservar a isonomia entre os jurisdicionados. Afinal, não é razoável nem isonômico que pessoas que estejam em idêntica situação recebam tutelas diferentes, em que um vê seu pleito sendo atendido e o outro assiste à rejeição da sua idêntica pretensão. Tal situação gera um sentimento de injustiça que o CPC pretende evitar.

Por fim, não podemos deixar de mencionar que a recomendação estabelecida no art. 12, segundo a qual "os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão", entra nesse contexto de dar tratamento isonômico às partes.

E isso se afirma porque procura distribuir igualmente entre os litigantes o ônus da espera da tutela jurisdicional. Sobre o tema, manifesta-se Fernando Gajardoni:

> "A cronologia no julgamento (e no cumprimento dos processos e na publicação das decisões judiciais), ao menos em princípio, objetiva prestigiar o princípio constitucional da igualdade, já que distribui as agruras da espera pela tutela jurisdicional entre todos (artigo 5º, caput, da CF). Além disso, a regra impede, também, que o julgamento (o cumprimento e a publicação das decisões no processo) siga ordem distinta, considerando as partes envolvidas (e sua eventual capacidade econômica ou política), ou mesmo a 'influência' ou o 'prestígio' dos advogados atuantes. Por fim, tem-se que a previsão da cronologia obstará que magistrados (e secretarias) venham a preterir os processos mais complexos em favor dos processos mais simples, de fácil julgamento/cumprimento, uniformizando, assim, o tempo da Justiça".[119]

6.10. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade dos atos processuais encontra seu claro fundamento na Constituição Federal. Primeiramente, no art. 5º, inciso LX, segundo o qual "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem". Mais adiante, o art. 93, inciso IX, estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

Nesse sentido, se de um lado o CPC reitera que os atos processuais serão públicos, de outro estabelece limites à publicidade em alguns casos, o que faz por autorização do dispositivo constitucional por último citado. Assim, o art. 189 do diploma processual consagra a publicidade dos atos processuais, mas impõe o segredo de justiça quando (I) o exigir o interesse público ou social; (II) nos processos que digam respeito a "casamento, filiação, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes"; (III) em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; ou (IV) "que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo".

Nesses casos especiais em que se preserva o segredo de justiça, a consulta dos autos e o pedido de certidões ficam restritos às partes e aos seus procuradores. Contudo, demonstrando o terceiro seu interesse jurídico, o juízo poderá deferir lhe se expedida "certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação" (art. 189, § 2º).

A novidade inserida no inciso IV do art. 189 do CPC, que estende o sigilo aos processos que tenham relação com a arbitragem, merece aqui nossos aplausos. Ora, sabe-se que uma das vantagens que a arbitragem pode oferecer às partes é justamente o sigilo do seu procedimento. Pois bem, se a arbitragem em regra se processa em sigilo, no interesse das próprias partes que não querem tornar público determinado litígio, dar publicidade ao processo judicial que verse sobre a arbitragem significaria ferir o sigilo desse procedimento de jurisdição privada.

Tal ressalva do CPC faz sentido porque, em certos casos, embora as partes tenham optado por submeter a solução das suas desavenças ao procedimento arbitral, pode haver necessidade de se buscar a tutela jurisdicional estatal, como ocorre nas hipóteses em que se pretende o cumprimento forçado de uma tutela provisória ou da própria sentença arbitral, necessidade decorrente do fato de o árbitro não dispor de poderes coercitivos, ficando impedido de impor medidas constritivas ou de levar patrimônio do devedor à alienação forçada.

Diverge a doutrina sobre o caráter taxativo ou exemplificativo das hipóteses em que se deve observar o segredo de justiça. Defende Fernando Gajardoni a possibilidade de imposição do sigilo em hipóteses não previstas expressamente,[120] opinião diferente daquela defendida por Pedro Henrique Nogueira, para quem "não há espaço para cogitar de segredo de justiça para além das hipóteses indicadas no art. 189 do novo CPC", concluindo que "a redação do art. 189 do novo CPC, todavia, justamente por ser mais abrangente, contemplando, inclusive a proteção ao direito à intimidade, não proporciona mais esse alargamento interpretativo".[121]

A publicidade tem o importante objetivo de permitir que os jurisdicionados exerçam controle sobre a atuação da magistratura, e transmite a mensagem de que esta última nada tem a esconder.

Contudo, se é certo que se trata de relevante garantia, tanto que merecedora de inegável atenção da Constituição Federal, não menos certo que não pode ser levada às últimas consequências. Em certos casos, como a própria Constituição autoriza, a publicidade pode dar lugar ao sigilo, para que se preserve o direito à intimidade dos litigantes.

De outra parte, sob a ótica do princípio da publicidade, oportuno mencionar também a previsão inserida no art. 12, que determina a observação pelos juízes e tribunais da ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças ou acórdãos.

Justamente para que os jurisdicionados possam exercer controle sobre a observância dessa ordem de julgamento pelos juízos, impõe o § 1º do art. 12 que "a lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores".

6.11. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS



A partir da segunda metade do século XVIII, com a propagação dos postulados veiculados pela Revolução Francesa, sob a influência da ideologia iluminista e sob a égide do monopólio da função jurisdicional exercitada pelo Estado, começou a ser generalizada, nas legislações ocidentais, a exigência quanto à motivação das decisões judiciais, princípio este amplamente assimilado por quase todas as grandes codificações processuais dos séculos XIX e XX.

No que toca ao ordenamento brasileiro, asseveramos numa perspectiva histórica que o princípio da motivação vem estruturado desde as Ordenações do Reino.

O Regulamento 737, de 1850, veiculava a exigência no art. 232,[122] segundo o qual a sentença deveria ser clara, sumariando o pedido, a contestação e os respectivos fundamentos, sendo certo que ao juiz era imposto o dever de motivar o julgado, declarando a lei, o uso ou o estilo aplicado no caso submetido à sua apreciação judicial.

Os Códigos Estaduais que sucederam o Regulamento 737 também faziam menção ao dever de motivar as decisões judiciais. Ademais, o Código Nacional de 1939 não se afastou dessa orientação, consagrando o princípio em dois de seus dispositivos legais, o art. 118, parágrafo único. e o art. 280, inciso II.[123]

O Código de Processo Civil de 1973 também previa a motivação como requisito essencial à validade de toda e qualquer decisão, seja ela interlocutória, monocrática ou colegiada, proveniente de tribunal ou não,

admitindo-se que as interlocutórias fossem motivadas de forma concisa.

O NCPC estabelece um sistema processual comparticipativo que incentiva o efetivo diálogo entre todos os sujeitos que integram o processo, de sorte a prestigiar a colaboração participativa entre as partes e juiz, tanto na condução do processo como na obtenção de seu resultado e, nesse contexto, mister destacar a importância conferida pelo NCPC à motivação das decisões judiciais.

O NCPC, ao prestigiar a motivação das decisões judiciais, em seu art. 489, ao elencar os requisitos essenciais da sentença, notadamente em seu § 1º, pormenoriza, pela negativa, como deve se caracterizar a motivação das decisões: "§ 1º 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".

Assim, o princípio da essencialidade da motivação das decisões judiciais há de ser considerado sobre a totalidade do ordenamento jurídico, sem comportar exceção, aplicando-se às decisões judiciais – decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos –qualquer que seja a natureza do processo, mesmo que tratando-se de tutela de urgência. O magistrado fica adstrito ao dever de motivar, sob pena de nulidade da decisão judicial.

Etimologicamente derivado do latim, o vocábulo "motivação" está adstrito à ideia de justificação ou alegação na qual se objetiva dar as razões determinantes da prática ou realização de algo; ou que provocaram uma solução ou decisão; ou, ainda, que possam justificar uma dada pretensão.[124]

A motivação corresponde à exposição dos fundamentos que servem de embasamento, apoio ou alicerce a um determinado ato. Analisada a questão sob a ótica e técnica da ciência processual, podemos asseverar, tomando

como referencial a doutrina majoritária, a equivalência terminológica entre os vocábulos motivação e fundamentação,[125] sendo certo que ambos vinculam-se à exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio e à exposição das razões jurídicas do julgamento.

Inequívoco o mandamento segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, fundamentadas todas as decisões, de modo que ao magistrado impõe-se o dever de exteriorizar o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, e, em outros termos, deve o juiz fornecer as razões que o levam à decisão, possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o tribunal em apreciação de eventual recurso, sob pena de o vício transformar o dispositivo em comando de autoridade e a sentença que dele padece se revestir, tão só, de aparência de legalidade, eis que a legalidade substancial da prestação jurisdicional está adstrita à coerência lógica do processo mental seguido pelo juiz.[126]

Assim, preciosa a lição de Piero Calamandrei,[127] ao afirmar: "A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou".

A fundamentação das decisões judiciais constitui imperativo constitucional expressamente acentuado no art. 93, inciso IX, segunda parte,[128] da Carta Política de 1988, dispositivo constitucional este segundo o qual as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. Assim, a nossa atual Carta também atribuiu dignidade constitucional ao dever de motivação das decisões judiciais, uma vez que o mesmo se encontra indissociável da própria essência de um Estado democrático de direito.

Observa-se, assim, que o texto constitucional vem, tão só, a reiterar uma limitação imposta ao poder estatal e que, em verdade, transcende e independe de qualquer dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, na medida em que objetiva coibir a arbitrariedade e a parcialidade na tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

Frise-se, mesmo que silente o legislador constituinte a respeito do imperativo relativo à essencialidade da motivação das decisões judiciais, o mesmo surgiria enquanto elemento indispensável a um Estado democrático de direito.

Percebem-se, pois, justificativas, quer de ordem técnica, quer de ordem política, ao princípio e, neste sentido, analisada a questão sob o prisma técnico, impõe-se destacar a importância da motivação para a aferição da congruência da sentença, delimitação do âmbito da coisa julgada e correta interpretação do julgado, tendo em vista sua posterior execução; bem como para a estruturação racional da via recursal, sem que nos esqueçamos da repercussão para com a uniformização da jurisprudência.

Assim, a função endoprocessual da motivação nos remete a questões instrumentais e internas ao processo, estando diretamente relacionada com a impugnação das decisões judiciais. Desta forma, serve às partes que, conhecendo os motivos da decisão, poderão mais facilmente decidir se irão impugná-la ou não, como de resto individuar os motivos da impugnação. De outro lado, serve, também, à própria magistratura, na medida em que permite à instância superior melhor julgar a decisão impugnada, uma vez que lhe possibilita conhecer as razões adotadas pelo órgão inferior.[129]

Em que pesem os aspectos endoprocessuais da motivação, mister considerar que eles são insuficientes para explicar e revelar todas as faces da garantia constitucional. Neste contexto é que destacamos a sua função extraprocessual, que revela a obrigatoriedade da motivação como um consectário natural de um Estado democrático de direito, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade.

Assim, não obstante as justificativas de ordem técnica, o dever de motivar encontra guarida em razões de ordem política, no plano dos princípios fundamentais, exsurgindo como a única garantia no combate à arbitrariedade, porquanto a racionalidade constitui a linha divisória entre a discricionariedade e a arbitrariedade.

Importante destacar que ao juiz não basta dizer o direito, é preciso mais: é preciso dizer por que sim ou o por que não do direito: dever este que se estende à análise ao caso sub judice, impondo ao juiz analisar as provas produzidas no iter processual e, principalmente, apreciando as questões suscitadas pelas partes.

A fundamentação das decisões judiciais exsurge como resultado do diálogo permanente que deve haver entre os sujeitos processuais, a revelar a conexão existente entre o princípio do contraditório e o da motivação, “ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão

jurisdicional participada”.[130]

6.12. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Como decorrência natural do Estado de Direito, temos o denominado princípio do juiz natural, em que se veda expressamente a criação de juízo ou tribunal de exceção, especificamente para julgamento de determinado caso.[131] Nesse contexto, prescreve o art. 5º, inciso XXXVII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Assim, as regras de distribuição da competência devem ser previamente estabelecidas para que, surgindo o litígio, sejam aplicadas para identificação do juízo ou tribunal competente, tendo em vista que não seria viável ou produtivo que todos os juízes tivessem legitimidade para atuar em todas as demandas judiciais, independentemente da matéria envolvida, do local dos fatos ou das partes envolvidas.

Se assim fosse, tal desorganização e ausência de critérios certamente impactariam na qualidade e na velocidade da tutela jurisdicional, que certamente sofreria perdas significativas em ambos os aspectos. Para definição da competência, diversos critérios são utilizados, tais como a matéria em discussão, o valor da causa, o local onde ocorreu o fato ou estão domiciliadas as partes, a função do órgão jurisdicional, entre outros elementos.

Algumas regras são estabelecidas no interesse de uma das partes litigantes, e nessas hipóteses tem-se a chamada competência relativa, como ocorre naquela de natureza territorial. Outras vezes, as regras de competência são instituídas no interesse do próprio Poder Judiciário, da administração da justiça, e nessas hipóteses apresenta natureza absoluta.

A incompetência absoluta não admite prorrogação e pode ser reconhecida pelo juiz, justamente porque ao agir de ofício este último estará garantindo o respeito a uma regra estabelecida no interesse do Judiciário.

De outra parte, a relativa se prorroga caso não oportunamente alegada pelo interessado e seu reconhecimento de ofício pelo juiz é vedado. Afinal, se a regra de competência é instituída em benefício de uma das partes, cabe àquela supostamente prejudicada alegar a desobediência à regra, para exigir o seu respeito.

As regras de competência são encontradas na Constituição Federal, bem como no NCPC, neste caso nos arts. 42 e seguintes, e têm por objetivo racionalizar o trabalho e organizar as tarefas do Poder Judiciário.

A propósito, estabelece o referido art. 42 que "as causas serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei".

Dessa forma, é reafirmada a possibilidade de as partes submeterem seus litígios à solução arbitral, afastando a tutela jurisdicional estatal, se assim entenderem conveniente. Contudo, caso não seja expressamente manifestada a opção pela arbitragem, através da convenção arbitral, o litígio será resolvido pelo Poder Judiciário e a competência do juízo ou do órgão será definida pelas regras previamente estabelecidas no nosso ordenamento.

Em última análise, o princípio do juiz natural, que impede que o juízo seja escolhido para assumir determinada causa, tem o objetivo maior de assegurar a imparcialidade do mesmo. Como bem pondera Cândido Dinamarco, tem-se em vista, ao se consagrar o princípio do juiz natural, evitar que as pessoas fiquem submetidas a julgamento de quem não tenha a "aura de imparcialidade" e as "garantias de idoneidade" próprias dos magistrados.[132]

6.13. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição reserva às partes a possibilidade de provocarem, mediante a interposição de recurso, o reexame da matéria decidida, normalmente por órgão hierarquicamente superior.

Embora a possibilidade de submissão da decisão judicial a um novo exame retarde o encerramento da demanda e possa até provocar a reforma de decisões corretas, certo é que o duplo grau tem o objetivo maior de, ao provocar o reexame da matéria decidida, garantir maior segurança na prestação jurisdicional, ampliando a probabilidade de acerto na solução imposta ao litígio, bem como permitindo o controle por órgão superior das atividades do juízo de grau inferior, sendo forma de evitar abusos.

Por força desse princípio, primeiro pronuncia-se o órgão jurisdicional inferior e, por conta do recurso interposto pela parte sucumbente, a matéria é

reapreciada normalmente por órgão de hierarquia superior, formado por julgadores mais experientes.[133]

O princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra expressamente consagrado, mas decorre do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e da previsão constitucional de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes".

Também se refere implicitamente ao princípio do duplo grau a Constituição Federal quando faz menção aos tribunais e estabelece sua competência originária e recursal, como o faz no art. 102, em relação ao STF, e no art. 105 com referência ao STJ.

Por se tratar de princípio previsto de forma implícita, tem-se entendido não ter ele incidência ilimitada, o que permite ao legislador infraconstitucional, sem cometer inconstitucionalidades, restringir o cabimento de recursos.

É esse também o entendimento defendido por Cassio Scarpinella Bueno:

> "Bem entendida a questão e diferentemente do que venho sustentando em meu Curso, penso que é legítimo ao legislador infraconstitucional deixar de prever a recorribilidade generalizada de quaisquer decisões proferidas pelo magistrado da primeira instância. Assim, a redução (em verdade, limitação) dos recursos daquelas decisões (chamado de 'agravo de instrumento') decorrente do art. 1.015 do CPC de 2015 não contrasta com o princípio aqui examinado. A opção política feita pelo CPC de 2015 é, no particular, harmônica com o 'modelo constitucional', porque o recurso das demais decisões interlocutórias é feita em conjunto com a apresentação de outro recurso, o de apelação ou, ainda, quando se estabelece o contraditório a ele, na apresentação das respectivas contrarrazões".[134]

6.14. VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO

A Constituição Federal, ao assegurar o direito de ação e o devido processo legal, põe em relevo os princípios da ampla defesa e do contraditório, princípios estes que compreendem o poder conferido às partes de se valerem de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado.

Às afirmações de fato feitas pelo autor na petição inicial são contrapostas afirmações de fato feitas pelo réu na contestação, surgindo daí os pontos controvertidos, sobre os quais deve ser realizada a atividade probatória.

Não obstante às partes seja assegurando o direito relativo à produção das provas que entendam úteis e necessárias à comprovação dos fatos em que assentam suas alegações, direito este que encontra guarida em sede constitucional como desdobramento do próprio direito de ação, ecoando também no plano infraconstitucional, importante registrar que esse direito à prova não é absoluto!

Nos termos do art. 369 do NCPC, “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”, o que significa que o direito à prova sofre limitações, entre as quais debruçamo-nos sobre a licitude (ou ilicitude) do meio na obtenção da prova. Assim é que, nos termos expressos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”.

Surgem aqui algumas indagações: No que consiste a prova obtida por meio ilícito? Prova ilícita e prova ilegítima são sinônimos?

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart prelecionam que a prova é ilícita quando viola uma norma de direito material ou de direito processual. Em contrapartida, consideram como prova moralmente ilegítima a que atenta contra regras de direito que foram instituídas para proteger a moral e os bons costumes.[135]

Não obstante o texto constitucional, a doutrina controverte a respeito da possibilidade (ou não) de a prova obtida por meio ilícito ser admitida ou não, considerando a destinação do processo na apuração da verdade.

No que toca à admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, três são

as correntes doutrinárias.

A primeira, obstativa, não admite em nenhuma hipótese a prova que seja obtida por meio ilícito, corrente esta que encontra fundamento da chamada "*the fruit of poisonous tree*" – teoria dos frutos da árvore envenenada – cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana. Consideram-se ilícitas não só as provas diretamente obtidas com a prática do ato ilícito como também as demais que sejam originárias desta prova. O direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio. Assim, o órgão judicial não deve conferir eficácia à prova obtida ilicitamente.

A segunda corrente, permissiva, aceita a prova, punindo, no entanto, quem praticou o ato ilícito. Temos o devido aproveitamento do seu conteúdo probatório. Assim, em qualquer hipótese deve prevalecer o interesse da Justiça na apuração da verdade dos fatos, de sorte que a ilicitude na obtenção não retira da prova o valor que possui como elemento útil para formar o convencimento do juiz. Assim, a prova deve ser admitida, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator.

Por fim, a terceira corrente doutrinária, chamada de intermediária, não aceita os extremos: nem a negativa absoluta em conferir validade e eficácia à prova obtida de forma irregular, nem a admissão pura e simples da mesma. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que modernamente se denomina de princípio da proporcionalidade ou lei da ponderação. Há que se verificar em cada caso concreto se a transgressão, a violação justifica o comportamento da parte na obtenção da prova a partir da ponderação entre valores constitucionais distintos: o direito à prova, como integrante do direito de ação, e o direito à intimidade, que inspirou a proibição da prova obtida ilicitamente. A solução para a questão, portanto, está na busca do equilíbrio e a da conciliação entre esses dois valores, de forma que ambos possam ser compatibilizados. Destacamos que a aplicação da ponderação não significa que a teoria dos frutos da árvore envenenada não seja aplicável. No Supremo Tribunal Federal podemos identificar tanto a aplicação da proporcionalidade para mitigar a proibição da prova ilícita quanto a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A solução intermediária, que propugna a aplicação do princípio da proporcionalidade, é a nos parece mais indicada. Essa também a solução apontada por Fredie Didier:[136] "Quando se está diante de um conflito de

normas jusfundamentais (direito à prova versus vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz do princípio da proporcionalidade. Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem a privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais".

Ainda mais interessantes os critérios selecionados pelo mesmo doutrinador para a admissibilidade (ou não) do meio de prova obtido de forma ilícita: "(i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (iv) utilização pro reo: no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo".[137]

6.15. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Incorporada a prova produzida pelas partes ao processo, ao juiz, seu principal destinatário, cabe avaliar e analisar a prova produzida, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento, em conformidade com princípio da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Não

obstante, imperioso investigarmos qual a postura do juiz, à luz do NCPC, na apreciação da prova, isto porque o legislador do NCPC não fez constar do texto a apreciação "livre" da prova, no teor do art. 371: "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".

O legislador, ao substituir a expressão "O juiz apreciará livremente a prova", constante no art. 131 do CPC/1973, por "O juiz apreciará a prova", consoante o art. 371 do NCPC, deu margem à discussão, no novo sistema processual civil, acerca da permanência (ou não) do princípio da livre convicção motivada, também denominado princípio da persuasão racional. No entanto, antes de adentrarmos a esta discussão, mister delimitarmos o princípio em análise.

Três são os principais sistemas de valoração da prova no direito processual: o sistema da prova legal ou tarifada, no qual é a lei que preconcebe e fixa o valor da prova, vedada a valoração da prova pelo magistrado conforme critérios próprios; o sistema do livre convencimento puro, no qual o magistrado tem total liberdade para apreciar e valorar a prova, não havendo sequer necessidade de expor os motivos que lhe formaram convencimento; e, por fim, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, no qual se reconhece liberdade do julgador para apreciar e valorar a prova, com a condição de que, na decisão, exponha as razões de seu convencimento.[138]

Consoante Cassio Scarpinella Bueno, o sistema da persuasão racional é "aquele em que o juiz, observados os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção".[139]

Historicamente nosso sistema processual civil vem adotando a livre convicção motivada, consoante disposições legais veiculadas nos códigos de processo civil, o que facilmente pode ser identificado pelos dispositivos a seguir transcritos: o art. 118 do CPC de 1939 estabelecia que "na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte […]"; já o art. 131 do CPC de 1973 prescrevia: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que

lhe formaram o convencimento".

Não obstante a redação do art. 371 do NCPC não reproduza *ipis literis* a disposição contida nos diplomas anteriores e, não obstante a supressão do vocábulo "livre" no texto do novo código, não nos parece razoável defender o fim da livre convicção motivada, tal como o faz o jurista Lenio Luiz Streck.[140] Interessante discussão sobre o tema foi travada entre Lenio Luiz Streck e Fernando da Fonseca Gajardoni, para quem o sistema do livre convencimento motivado prevalece no NCPC, na medida em que não poderia o NCPC robotizar o julgador, tampouco tolher seu espaço de liberdade na decisão judicial.[141]

Particularmente sobre a questão entendemos que a análise sistemática das normas do NCPC, à luz dos princípios constitucionais, nos leva a concluir pela preservação do sistema da persuasão racional como regra de valoração das provas e julgamento motivado das decisões judiciais.

O magistrado tem liberdade para realizar a análise e o exame crítico das provas constantes dos autos tendo em vista a formar sua convicção acerca dos fatos trazidos à sua apreciação, devendo, no entanto, ao estruturar formal e materialmente o julgado, expor as razões que o levaram a decidir de uma forma ou de outra, em observância ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

Asseveramos, no entanto, que esta liberdade na formação do livre convencimento comporta algumas considerações. Assim, o magistrado é livre para decidir, mas não está autorizado a julgar de forma contrária à lei, porquanto sua atuação está adstrita, em regra, a este império, nem tampouco está autorizado a julgar além, aquém ou fora dos limites do pedido, ou mesmo de forma contrária ao contexto probatório constante dos autos, nem tampouco por fatos outros distintos dos que compõem a causa de pedir e a causa de resistir.

A exigência da fundamentação surge, desta forma, como um obstáculo ao arbítrio, que repugna ao Estado Democrático de Direito, constituindo-se em espécie de tutela das liberdades individuais.

[1]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 905.

[2]FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 86.

[3]Dentre os princípios de interpretação constitucional a doutrina destaca o da "máxima efectividade", princípio este segundo o qual "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê". Sobre o tema conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 227. Impõe-se considerar, ainda, que ao processualista cabe não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também, e principalmente, extrair, quer do sistema processual, quer do sistema constitucional, a máxima utilidade e efetividade, tendo em vista a realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional. Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.17-20.

[4]PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http:www.jus.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2002.

[5]Preleciona Nelson Nery Junior: "É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o Direito Constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do País. O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema". NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

[6]Assevera Rogério Aguiar Munhoz Soares que a Constituição Federal de 1988 respondeu às novas demandas sociais, econômicas e políticas. Criou e inovou o ordenamento jurídico, erigindo como cláusulas pétreas, ou seja, núcleos constitucionais intangíveis, o devido processo legal, bem como o acesso à Justiça e, ainda, fortaleceu a tutela jurídica, haja vista a criação de novos remédios constitucionais, tais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*. SOARES, Rogério Aguiar

Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

[7]RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. *Duplo grau de jurisdição*: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 55.

[8]SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I, p. 242.

[9]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.10-11; 25 e ss.

[10]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.140.

[11]ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

[12]Expõe Tércio Sampaio Ferraz Júnior: "O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática; nele se incluem elementos normativos (as normas) que são os principais e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos etc); sua estrutura revela regras de vários tipos; no direito contemporâneo, a dogmática tende a vê-lo como um conjunto sistemático: quem fala em ordenamento pensa logo em sistema". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 176.

[13]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 226-227.

[14]MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 226-227.

[15]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 249.

[16]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 41.

[17]CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.32.

[18]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

[19]PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48-58.

[20]Nesse sentido e, a título exemplificativo, sem que se possa estabelecer um elenco fechado de doutrinadores: José Cretella Neto e Rui Portanova, ao dogmatizarem como princípio a "adstrição do juiz ao pedido da parte". CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 159-168; PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.234-237. Bem como Arruda Alvim, ao estabelecer relação entre *el principio dispositivo y el de la congruencia.* ARRUDA ALVIM. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasieño. *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n.38, p. 92-93, abr./jun. 1985.

[21]THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 45.

[22]STRECK, Lenio. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[23]THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 62-63.

[24]THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 63-64.

[25]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

[26]É que não basta proporcionar ao jurisdicionado o pleno acesso ao Poder Judiciário, sem que, concomitantemente, também sejam conferidas condições mínimas e satisfatórias à justa composição do conflito pelo Estado. Na preleção de Kazuo Watanabe: "Uma

empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova ‘postura mental’. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela ‘perspectiva do consumidor’, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um ‘programa de reforma’ como também um ‘método de pensamento’, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.” WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

[27]MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1992. p. 18.

[28]CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

[29]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 51.

[30]Importante salientar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 5º, inciso XXXV, o direito de acesso à Justiça, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantia esta à qual se acresce a previsão introduzida pelo inciso LXXVIII, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

[31]Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor [...]. Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social”. MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 83, n. 706, ago. 1994, p. 56.

[32]SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I, p. 138.

[33]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil (terceira série).* São Paulo: Saraiva, 1985. p. 27.

[34]DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22-23.

[35]DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, p. 31-32, jan./mar. 1996.

[36]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil.* 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 17-18.

[37]DELLORE, Luiz Guilherme Penachi. Justiça gratuita no Novo CPC: lado A. Disponível em: <http://jota.info/justica-gratuita-novo-cpc-lado>. Acesso em: 22 nov. 2015.

[38]BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

[39]Clássica e emblemática a máxima de Chiovenda: “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, 1930. v. I, p. 110).

[40]PARIZ, Marco Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*: direito fundamental do cidadão. Portugal: Almedina, 2009. p. 119.

[41]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 50.

[42]PARIZ, Marco Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*: direito fundamental do cidadão. Portugal: Almedina, 2009. p. 127.

[43]LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?

codigo=6>. Acesso em: 21 nov. 2015.

[44]PARIZ, Marco Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*: direito fundamental do cidadão. Portugal: Almedina, 2009. p. 301.

[45]Nesse sentido a preleção de José Roberto dos Santos Bedaque que, ao definir contraditório, estabelece a inequívoca pertinência do tema para com o Estado democrático de Direito: "Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 94. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior: "O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 128-130).

[46]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 73, p. 7-14, jan.-mar. 1994.

[47]PICARDI, Nicola. Il principio del contraditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 3, p. 763-675, jul.-set. 1998.

[48]PICARDI, Nicola. Il principio del contraditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 3, p. 680, jul.-set. 1998.

[49]CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, v. 218, p. 65-68, abr. 2013.

[50]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139.

[51]THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição*: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais

constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 283.

[52]Supremo Tribunal Federal, MS nº 25787, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08.11.2006, *DJe*-101 divulg. 13.09.2007, public. 14.09.2007, *DJ* 14.09.2007, p. 00032. Ement. 02289-02/198, *RTJ* 205-03/1160, *LEXSTF*, v. 29, n. 345, p. 217-254, 2007, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

[53]Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

(...)

VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

[54]Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

[55]Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

[56]Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

[57]SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134-146.

[58]OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 71/35, jan. 1994: "mesmo a matéria que o juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia [do contraditório]. [...] Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o juiz ou o tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório".

[59]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. São Paulo: JusPodivm, 2007. p. 101.

[60]SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

[61]DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 2, p. 217-231, abr.-jun. 1968. Conferir ainda: GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, n. 4, p. 826-848, jul.-ago. 2010.

[62]NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

[63]SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136 (destaque no original).

[64]CARACIOLA, Andrea Boari. *O princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 75.

[65]Sobre o ponto, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, que situa corretamente a matéria: "O princípio do contraditório impõe que as partes no processo sejam previamente ouvidas sobre todas as questões relevantes a decidir, sob pena de as decisões emitidas poderem constituir uma decisão surpresa, com a

qual não contavam razoavelmente, impedindo-as de, a seu tempo, alegarem o que tivessem por conveniente sobre a matéria" (1ª Subsecção do CA, Processo 0961/05, j. 30.11.2005, rel. Rui Botelho). Conferir: MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa". *Revista de Processo*, v. 233, p. 43-64, jul. 2014.

[66]Dispõe o atual art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile: "Le Juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction". A atual redação determinou o retorno aos textos de 1971 e 1972, já que sua alínea 1ª, que dispensava o Juiz de observar "le principe de la contradiction des débats losqu'il relève d'office un moyem de pur droit", foi anulada por decisão do Conseil d'État, em 12.10.1979. Revigorou-se antigo texto de 1971, que proibia o Juiz de fundar sua decisão "sur les moyens de droits autres que d'ordre public qu'il a relevés d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées, san avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations".

[67]Consoante o § 139 da *Zivilprozessordnung* alemã: "(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados em fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica da qual a parte não tenha, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Contra o conteúdo dos autos, só é admitida

prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder-lhe prazo para posterior esclarecimento por escrito". Conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil.* Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

[68]Vale destacar o julgado da Corte de Cassação italiana, que examinou o problema da decisão-surpresa: "La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d'ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria" (Corte di Cassazione, *Sez. III civ.*, Sentença n. 16577, decisão de 05.08.2005). Conferir: MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa". *Revista de Processo*, v. 233, p. 43-64, jul. 2014.

[69]MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa". *Revista de Processo*, v. 233, p. 43-64, jul. 2014.

[70]CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1980. p. 9.

[71]PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 70.

[72]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.

[73]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 69.

[74]CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 24.

[75]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, 83/208, jul./set. 1996. p. 208.

[76]KEMMERICH, Clóvis Juarez. *As faces do princípio dispositivo*. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=442>. Acesso em: 26 jun. 2007.

[77]Não obstante ainda se constitua num dos vetores informativos mais importantes do processo civil, não se há olvidar que a leitura desse princípio na atualidade não corresponde àquel'outra a ele conferida ao final do século XVIII e início do século XIX, quando sobrelevada a doutrina liberal e a defesa inflexível da autonomia privada. Neste sentido Rui Portanova: "A publicização do processo retirou do princípio dispositivo a liberdade das partes de limitar a atuação do juiz em relação à prova. Caberá ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130). Permaneceu, contudo, a disponibilidade em relação aos fatos: *judex secundum allegata partium judicare debet*". PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 2001. p. 122.

[78]Neste sentido assevera Jaime Guasp: "La inalterabilidad de la pretensión inicial instituye otro límite para la actividad judicial porque el Juez no puede recoger hechos que cambien la esencia de la solicitud presentada y hagan de ella otra distinta". GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 30. Apud JUNOY, Joan Picó. Op. cit. p. 64-65, nota 13. Tradução livre: "A inalterabilidade da pretensão inicial institui outro limite para a atividade judicial porque o juiz não pode reconhecer fatos que alterem a essência da solicitação apresentada por outra distinta".

[79]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, 83/208.

[80]MANDRIOLLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 2000. p. 64.

[81]JORGE, Flávio Cheim. Sentença cível. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, out./dez. 2001. p. 121.

[82]Consoante alerta Nelson Nery Junior, "Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou *causae*) *petendi* e o

pedido em sentido estrito". NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., 2006. p. 337.

[83]WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.115.

[84]PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. *Princípio da congruência no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 41.

[85]CARACIOLA, Andrea Boari. Princípio da congruência no Código de Processo Civil. São Paulo: LTr, 2010. p. 97.

[86]STJ, REsp 967.375, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.09.2010, v.u., *DJ* 20.09.2010.

[87]AgRg no REsp 243.718/RS, 3ª T., rel. Des. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), j. 28.09.2010, *DJe* 13.10.2010.

[88]REsp 1.049.560/MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.11.2010, *DJe* 16.11.2010.

[89]Favoravelmente a essa possibilidade destacamos Guilherme Freire Teixeira. Conferir: TEIXEIRA, Guilherme Freire. Do pedido. In: BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo; CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 579.

[90]REsp 1.263.234/TO, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.06.2013, *DJUe* 1º.07.2013.

[91]ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; TEIXEIRA, Carla Noura; ALVIM, Marcia Cristina de Sousa; BARBOSA, Susana Mesquita. Direitos humanos: perspectivas e reflexões para o Século XXI. São Paulo: LTr, 2014. p. 229-249.

[92]KAYATH, Hind Ghassan. *O prazo razoável no processo civil.* 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 26-27.

[93]NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (UNODC). *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Tradução de Marlon S. Maia; Ariane E. Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 7.

[94]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: <http://www.anima-

opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2013.

[95]Ocorre que antes mesmo da Emenda Constitucional 45 já se fazia possível extrair e decodificar a garantia da duração razoável do processo como uma dimensão compreendida em outros enunciados constitucionais, dentre os quais colacionamos a título ilustrativo: (a) art. 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal; (b) art. 5º, XXXV, ao prever o direito de acesso à jurisdição e; (c) art. 37, *caput*, quanto ao princípio da eficiência da Administração Pública. Cumpre-nos ainda destacar que a ratificação e incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – *Pacto de São José da Costa Rica* – ao nosso ordenamento jurídico, por força do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, já havia conferido à razoabilidade da duração do processo *status* imediato de direito fundamental.

[96]Na verdade, não só no Brasil e não só nos dias de hoje. O problema da morosidade do processo é mundial e atemporal. André Vasconcelos Roque bem sintetiza a questão, inclusive mencionando como exemplos leis de Justiniano no século VI e a bula papal *Clementina Saepe* do século XIV: "*No âmbito jurídico, ao contrário do que se poderia supor, a morosidade da prestação jurisdicional não é fenômeno novo, resultado das sociedades industrializadas do século XX ou da massificação das relações sociais. Da mesma forma, não se trata de problema exclusivo do direito processual brasileiro*" (A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda em busca de solução. In: ROCHA, Leonel Severo e DUARTE, Francisco Carlos (Org.). *A construção sociojurídica do tempo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 132).

[97]BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.015, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 82.

[98]TARTUCE, Flávio. Boa-fé objetiva processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo código. *Jusbrasil*. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822496/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo>. Acesso em: 28 nov. 2015.

[99]THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. Disponível em: <http://www.abdcp.org.br/artigos/artigo49.htm>. Acesso em: 1 maio 2007. p. 5.

[100]Transcrevemos o "preâmbulo" da Carta de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

[101]THEODORO JUNIOR, Humberto. Boa-fé – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. Disponível em: <http://www.abdcp.org.br/artigos/artigo49.htm>. Acesso em: 1 maio 2007. p. 5.

[102]Vale aqui transcrever e traduzir o dispositivo legal veiculado no art. 32.1 do Código de Processo Civil Francês, diploma processual este que expressamente emprega o vocábulo "abuso do processo": "Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 15 euros à 1500 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés". Em tradução livre: "Aquele que agir em juízo de maneira dilatória ou abusiva será condenado a uma multa civil de 15 euros à 1.500 euros, sem prejuízo de outros danos que venham a ser reclamados".

[103]No sistema do Código de Processo Civil o vocábulo "abuso" vem expresso, apenas e tão somente, no art. 273, inciso II – "abuso do direito de defesa" – ao ensejo da denominada tutela antecipada sanção, o que não significa, contudo, que nosso ordenamento não aceite essa figura no processo.

[104]ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

[105]No que toca à prescindibilidade (ou não) de se perquirir a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa – para a

caracterização do abuso do processo, asseveramos que a questão suscita divergência doutrinária. Em que pese o entendimento segundo o qual a posição mais coerente a ser adotada relativamente ao abuso do processo seja aquela que se harmoniza com a previsão veiculada no art. 187 do Código Civil, que adota o critério objetivo finalístico, segundo o qual não é necessária a comprovação do dolo ou da culpa para a caracterização do abuso, Humberto Theodoro Júnior – Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114-115 – e Paulo Lucon – Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, p.142 –, por exemplo, entendem ser exigível o dolo ou, quando não, no mínimo, a culpa.

[106]Sobre o agravamento do dano marginal do processo e o tempo justo do processo, conferir: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[107]Daniel Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 113-115.

[108]Cassio Scarpinella Bueno, *Novo Código de Processo Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 45.

[109]*Novo curso de processo civil*, v. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 71.

[110]"Esse 'modelo de processo cooperativo', máxime quando compreendido também à luz de outros elementos trazidos pelo CPC de 2015 (cabe destacar aqui os arts. 4º e 5º) convida a todos a terem presente a concepção do processo como método de solução (estatal) de conflitos – como 'comunidade de trabalho', como sustentam alguns com base na doutrina alemã – em que os seus sujeitos, cônscios de suas funções institucionais, agem com boa-fé e em regime de cooperação entre si para viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a quem for dela merecedor; um processo, destarte, que seja, a um só tempo, o devido e o eficiente" (Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de direito processual civil*, São Paulo, 2015, p. 86).

[111]Conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno, "o modelo de

processo estabelecido pelo CPC de 2015, bem compreendido e em plena harmonia com o 'modelo constitucional' é inequivocamente um 'processo cooperativo' em que todos os sujeitos processuais (as partes, eventuais terceiros intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado) *cooperem* ou *colaborem* entre si com vistas a uma finalidade comum: a prestação da tutela jurisdicional" (*Manual de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 42-43).

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

[113]Miguel Teixeira de Souza, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 62 e seguintes.

[114]Fredie Didier Jr., *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal e Coimbra Editora, 2010, p. 15-23.

[115]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.

[116]BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, volume único, Saraiva: 2015, p. 47.

[117]Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.

§ 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles.

§ 2º Não se aplica o disposto no *caput* aos processos em autos eletrônicos.

[118]A propósito do reexame necessário, convém lembrar que o STJ, através da sua Súmula 45, sedimentou o entendimento de que ela não poderá piorar a situação da Fazenda: "No reexame necessário, é defeso ao tribunal agravar a condenação imposta à Fazenda Pública".

[119]GAJARDONI, Fernando da Fonseca e outros. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015, parte geral, Método

Editora; 2015, p. 73.

[120]GAJARDONI, Fernando da Fonseca e outros. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015, parte geral, Método Editora, 2015, p. 607/608.

[121]WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros (coordenação). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2015, p. 589.

[122]Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda.

[123]Art.118 parágrafo único. "O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento." Já o art. 280: "A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: [...] II – Os fundamentos de fato e de direito".

[124]SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I, p. 231.

[125]Mister salientar a distinção feita no Direito Argentino, por sua Suprema Corte realizada, entre motivação e fundamentação. O vocábulo "fundamentação" vincula-se à adequação entre o ato decisório e os preceitos constitucionais, reputando-se "carente de fundamentos o ato decisório que contrariar frontalmente algum preceito constitucional". Por outro lado, a motivação está relacionada à interpretação do texto ordinário, de sorte que "toda vez que a sentença for fundada em errônea interpretação de texto legal ordinário, será considerada imotivada". TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., 1987. p. 88.

[126]MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 440.

[127]CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.* 9. ed. São Paulo: Clássica Editora, s/d.

[128]"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação." Inciso este com a

redação a ele conferida pela Emenda Constitucional 45, de 2004.

[129]TARUFFO, Michele. Op. cit., 1975. Também disponível em: <http://www.corteconti.it/Consiglio-/Incontri-d/allegati-c1/Michele-Taruffo.doc_cvt.htm>. Acesso em: 3 dez. 2006.

[130]BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005, p. 155.

[131]Art. 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal: "Não haverá juízo ou tribunal de exceção".

[132]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I, p. 204.

[133]Relevante a observação de Humberto Theodoro Junior, em seu *Curso de direito processual civil*, 56ª edição, Editora Forense, 2015, v. I, p. 61: "Deve-se ponderar, outrossim, que o princípio do duplo grau de jurisdição não obriga que o recurso sempre se enderece a um tribunal de segundo grau. A garantia é de que não haja julgamento monocrático único, de modo que, existindo um segundo julgamento, ainda que por órgão formado por grupo de juízes de primeiro grau, como se passa nos Juizados Especiais, cumprida se acha a dualidade de instâncias".

[134]BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, volume único, Editora Saraiva, 2015, p. 45.

[135]MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 318-319.

[136]DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 38.

[137]DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2, p. 38-40.

[138]GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 2 dez. 2015.

[139]*Curso de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2, p. 248.

[140]STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Consultor Jurídico*, 18 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades> Acesso em: 8 abr. 2015.

[141]STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Consultor Jurídico*, 18 dez 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades> Acesso em: 8 abr. 2015. E, ainda, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 2 dez. 2015.

7

FORMAS DE EXPRESSÃO DO DIREITO PROCESSUAL: A LEI DO PROCESSO

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

Se as normas jurídicas forem classificadas de acordo com o seu objeto, será possível distinguir as normas *processuais* das normas *materiais.*

As normas jurídicas *materiais* são as que "disciplinam imediatamente a cooperação entre as pessoas e os conflitos de interesse ocorrentes na sociedade, escolhendo qual dos interesses conflitantes, e em que medida, deve prevalecer e qual deve ser sacrificado".[1]

As normas jurídicas *processuais*, por sua vez, não contribuem de forma direta para solucionar os conflitos de interesse que surgem na sociedade. Ou seja, não apontam qual é o interesse que deve prevalecer em uma situação de conflito hipotética. As normas processuais contribuem para a solução de conflitos entre os indivíduos apenas de forma *indireta.* As normas processuais têm como objeto a disciplina do modo processual de resolver conflitos por meio da atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e às partes das faculdades e poderes destinados à defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz.[2]

Como se pode perceber, e consoante o exposto no Capítulo 3, as normas jurídicas materiais e as normas jurídicas processuais são classificadas pelo seu objeto e não pela sua localização. Assim, a norma jurídica não será classificada de *processual* simplesmente porque está localizada no Código de

Processo Civil e tampouco será tachada de *material* por estar inserida no Código Civil. O importante, para bem entender a natureza da norma jurídica, é verificar qual é o seu objeto.

A norma processual, especificamente, tem como objetivo disciplinar o poder jurisdicional de resolver conflitos e o desenvolvimento das atividades contidas em tal poder. Outro objetivo da norma processual é regular a atividade das partes litigantes, sujeitas ao poder do juiz. Ademais, as normas processuais também têm como objetivo a disciplina da imposição do comando concreto formulado mediante as atividades das partes e do juiz.

As normas processuais podem ser divididas em três classes: (a) normas de organização judiciária; (b) normas processuais em sentido estrito; (c) normas procedimentais. As primeiras tratam principalmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários. As segundas tratam de disciplinar o exercício de poderes, deveres, faculdades e ônus processuais de todos aqueles que de alguma forma participam do processo. Já as últimas dizem respeito ao modo de proceder ao longo do processo, inclusive no tocante à estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo.

As chamadas *fontes da norma processual* nada mais são do que as suas *formas de produção ou de expressão*. Assim, as formas de expressão da norma jurídica processual podem ser divididas em três espécies (*lei*, *negócio jurídico* e *usos e costumes*), que serão tratadas a seguir. Há quem também classifique a jurisprudência como forma de expressão do direito processual, conforme se verá adiante.

A lei é uma forma de expressão do direito processual. Em sentido amplo, o conceito de lei engloba as disposições que estão na Constituição Federal que criam e organizam tribunais, estabelecem garantias para as partes e para os magistrados, fixam competências e assim por diante. As Constituições Estaduais também são formas de expressão da lei processual, na medida em que também organizam tribunais, fixam competências, asseguram direitos. Leis complementares, leis ordinárias e leis delegadas também podem ser consideradas formas de expressão do direito processual, assim como as convenções e tratados internacionais, desde tenham como objeto matéria de natureza processual.

O negócio jurídico também pode ser fonte de norma processual, tal como deixa claro o art. 190 do NCPC ao estabelecer que: “versando o processo sobre direitos que admitam a 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". Nesse sentido, vale observar que a norma jurídica processual não é necessariamente e sempre cogente. Há certas situações em que se admite que aplicação da norma processual fique na dependência da vontade das partes. Por exemplo, o § 3º do art. 373 do NCPC estabelece que a distribuição do ônus da prova pode ser feita por meio de convenção entre as partes, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte ou não torne excessivamente difícil para uma das partes o exercício do seu direito. Assim, o negócio jurídico também pode ser fonte de normas processuais.

Usos e costumes também podem ser fonte de norma processual. Exemplo de direito processual civil consuetudinário é o "pedido de reconsideração", que, muito embora não esteja expressamente previsto em lei e não tenha o condão de suspender ou interromper a fluência de prazos para interposição de recursos, é frequentemente utilizado no foro em geral para se obter uma reconsideração de decisão judicial antes da interposição de um recurso.

Por fim, a jurisprudência é considerada também como forma de expressão do direito processual, uma vez que os magistrados dão expressão a normas jurídicas até então não declaradas por quaisquer das outras fontes anteriormente mencionadas (lei em sentido amplo, negócio jurídico e usos e costumes). Assim, por exemplo, as súmulas vinculantes (Constituição Federal, art. 103-A) e as decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas terão caráter vinculante (NCPC, art. 985). Portanto também pode ser forma de expressão de normas processuais a jurisprudência.

7.1. INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL

Interpretar a norma processual é determinar o sentido e o alcance das suas expressões. Nesse sentido é a lição de Carlos Maximiliano, para quem "as leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém amplo, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação

entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito"*.[3]

É nesse sentido que o art. 1º do NCPC estabelece que "o processo civil será ordenado, disciplinado e *interpretado* conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". Ou seja, o sentido e o alcance das normas processuais devem estar em conformidade com a Constituição Federal.

Ao se interpretar a norma jurídica processual, também deve ser levada em consideração a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010), sobretudo no que se refere ao art. 4º, que impõe que o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito quando a lei for omissa, e considerando o disposto no art. 5º, que determina o seguinte: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Com relação à decisão judicial, que também pode estabelecer uma norma de conduta entre as partes, inclusive de caráter processual, há mais um critério a ser observado de acordo com o § 3º do art. 489 do NCPC: "A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé". Portanto, a boa-fé é outro critério a ser utilizado para se determinar o sentido e o alcance das normas processuais.

A técnica de interpretação recebe o nome de *hermenêutica.* De acordo com ela, existem vários métodos existentes para se determinar o sentido e o alcance das normas processuais, que são classificados de acordo com os elementos dos quais se socorre o intérprete durante o seu trabalho. Assim, os intérpretes da norma processual podem se valer de elementos literais, lógicos, sistemáticos e históricos para determinar o seu sentido e alcance.[4]

No *método literal*, também chamado de gramatical, semântico ou filológico, o intérprete deve buscar o sentido literal dos vocábulos do texto da lei. Em outras palavras, o hermeneuta deve buscar identificar em cada palavra

da lei a sua correspondência com a realidade que ela designa. Para tanto, o cientista do direito deve utilizar elementos como as regras da gramática e da linguística.

Segundo Maria Helena Diniz, as regras a serem observadas no método literal de interpretação são as seguintes: "1ª) as palavras podem ter uma significação comum e uma técnica, caso em que deve-se dar preferência ao sentido técnico; 2ª) deve ser considerada a colocação da norma, p. ex., uma disposição, incluída no capítulo sobre curatela, está indicando que se destina a regular essa forma de incapacidade; 3ª) havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer; 4ª) o significado da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei; 5ª) o termo deve ser interpretado em relação aos demais; 6ª) havendo palavras com o sentido diverso, cumpre ao intérprete fixar-lhes o adequado ou verdadeiro".[5]

De acordo com o *método lógico*, a tarefa do intérprete deve ser a de "desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade".[6] Os elementos utilizados para tanto são os da lógica.

No *método sistemático*, o alcance e o sentido da norma são buscados considerando-se o sistema em que ela é inserida e a sua relação com as normas concernentes ao mesmo objeto. Compara-se o texto normativo de uma norma com o de outra que trate do mesmo objeto dentro de um mesmo ordenamento jurídico. As normas que versam sobre o mesmo objeto são estudadas em conjunto para se encontrarem o alcance e o sentido de cada uma delas, levando-se em consideração os elementos do sistema no qual estão inseridas.

O *método histórico* se vale de elementos históricos para estabelecer o sentido e o alcance da norma jurídica. Em outras palavras, o intérprete da norma deve examinar os antecedentes da norma jurídica. Estuda-se o anteprojeto de lei, as causas que levaram à sua elaboração, o momento em que ele foi transformado em projeto de lei, as emendas que foram apresentadas, enfim, todo o processo legislativo, incluindo-se aí a exposição de motivos ou justificativas, a aprovação e a promulgação da norma.

Há ainda quem mencione a existência do *método sociológico* ou *teleológico*, que busca adaptar a finalidade da norma às novas exigências sociais. Segundo Maria Helena Diniz, "a técnica teleológica procura o fim, *a*

ratio do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido. O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma, exigindo, para tanto, a concepção do direito como um sistema, o apelo às regras da técnica lógica válidas para séries definidas de casos, e a presença de certos princípios que se aplicam para séries indefinidas de casos, como o da boa-fé, o da exigência de justiça, o de respeito aos direitos da personalidade, o da igualdade perante a lei etc."[7]

Conforme o método *teleológico* ou *sociológico*, são utilizadas *todas as técnicas interpretativas anteriores* de maneira coordenada para se fixar o sentido e o significado da norma de acordo com a finalidade para a qual ela foi concebida. Trata-se de técnica consagrada pelo art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.567/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010) ao dispor que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

De acordo com resultado alcançado mediante o emprego das técnicas acima mencionadas, a interpretação da norma jurídica pode ser chamada de: *declarativa*, *extensiva*, *restritiva* ou *ab-rogante.*

A interpretação será chamada de *declarativa* se atribuir à norma jurídica o mesmo sentido proveniente do significado das palavras que a expressam.

Se o resultado da interpretação for a aplicação da norma jurídica a casos não encampados pelo seu teor literal, ela receberá o nome de *extensiva.*

Por outro lado, se o resultado da interpretação for a limitação da aplicação da norma jurídica a um âmbito menor (ou *mais restrito*) de casos do que aqueles indicados por suas palavras, ela será chamada de *restritiva.*

Por fim, se o resultado da atividade interpretativa for a conclusão pela inaplicabilidade da norma, tendo em vista a incompatibilidade absoluta entre dois preceitos legais ou entre eles e um princípio geral, dá-se o nome a isso de interpretação *ab-rogante.*

7.2. INTEGRAÇÃO

Por melhor que seja o legislador, ele não consegue prever todas as situações que podem acontecer na vida social. Não é possível prever tudo e todas as situações que poderão acontecer no futuro.

Entretanto, se acontecer uma situação não prevista pela lei, o juiz não

pode ficar indiferente a tal acontecimento. Dispõe o art. 140 do NCPC que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Trata-se, portanto, da vedação do *non liquet* ao magistrado decorrente do princípio da *indeclinabilidade da jurisdição.* O órgão jurisdicional não pode se recusar a decidir um conflito utilizando-se da alegação de que inexiste previsão na lei para a situação que lhe é apresentada.

Nessa hipótese, quando a lei for omissa, o órgão jurisdicional deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, conforme dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

7.3. EFICÁCIA NO ESPAÇO E NO TEMPO

Toda norma jurídica deve ser aplicada dentro de um dado território e por período de tempo. Com a norma processual não é diferente: a sua eficácia é limitada no espaço e no tempo.

7.3.1. Eficácia da norma processual no espaço

O princípio da territorialidade é o que regula a eficácia das normas processuais no espaço, ou seja, deve incidir a lei processual do lugar em que ela é aplicada (*lex fori*).

A incidência da lei processual do lugar em que ela é aplicada decorre de razões de ordem política e também de ordem prática.

Por uma questão de *ordem política*, a lei processual aplicável a uma determinada situação deve ser aquela do lugar em que ela é aplicada. Como se sabe, a atividade jurisdicional é manifestação do poder soberano de um determinado Estado. É o Estado que detém o poder para solucionar conflitos dentro do seu território, inclusive utilizando-se da força, dentro dos limites estabelecidos pelo Direito. Exatamente por essa razão a atividade jurisdicional não poderia ser regulada por leis estrangeiras sem prejuízo da boa convivência entre Estados igualmente soberanos.

Ademais, por razões de *ordem prática*, a movimentação da máquina

judiciária de um Estado soberano deve ser regida por suas próprias leis processuais. Haveria sérias dificuldades práticas para a aplicação de uma norma jurídica estrangeira dentro do território de outro Estado para o exercício de uma atividade soberanamente sua.

Em outras palavras, um Estado soberano não pode, sem causar consideráveis inconvenientes, determinar como outro Estado igualmente soberano deve exercer o seu poder jurisdicional dentro do próprio território. Ainda que o faça, insuperáveis dificuldades práticas surgirão, pois cada Estado tem as suas peculiaridades e a sua própria estrutura judiciária concebida de acordo com as características do seu povo e território.

Em razão disso, o art. 16 do NCPC estabelece que “a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo território nacional, conforme as disposições deste Código”. Ou seja, a lei processual aplicável no território nacional é a *lex fori.*

7.3.2. Eficácia da norma processual no tempo



As normas processuais também têm sua eficácia limitada no tempo. Como toda norma jurídica brasileira, as normas processuais também devem ser submetidas à Constituição Federal e à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Assim, a lei processual em vigor tem efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Cumpre observar que a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo disposição em contrário (art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No caso do NCPC (Lei 13.105, de 16.03.2015), principal diploma processual da atualidade, há uma disposição em contrário à regra geral mencionada no parágrafo anterior. De acordo com o art. 1.045 do NCPC, "este Código entre em vigor após decorrido 1 (um) ano da sua publicação oficial".

Note-se que, se antes de entrar a lei em vigor ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo a ser contado para a sua entrada em vigor começará a correr da nova publicação (§ 3º do art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Por outro lado, se as correções da lei forem feitas quando esta já estiver em vigor, elas serão consideradas lei nova (art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Ainda no que diz respeito à vigência da lei, caso ela não seja temporária, deverá permanecer em vigor até que outra a modifique ou revogue (art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Cumpre observar que a lei posterior revogará a anterior quando expressamente assim o declarar, ou quando seja com ela incompatível ou, ainda, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Entretanto, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Por fim, vale observar que, salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei nova perdido a vigência (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

7.3.2.1. Processos em curso por ocasião do início da vigência da lei processual nova

As leis processuais novas não incidem em processos que já terminaram

por força do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Isso porque há a proteção da coisa julgada formada pelo processo de conhecimento já findo. Além disso, há a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido reconhecido pelas sentenças transitadas em julgado e pelos atos já praticados nos processos findos.

Quanto aos processos que ainda não começaram, não há dúvida que deve ser aplicada a lei processual nova.

Portanto, a questão que deve ser colocada é qual deve ser a lei aplicável aos processos em andamento se, no curso deles, entra em vigor uma nova lei processual.

Diante desse problema, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra expõem que três sistemas poderiam hipoteticamente ter aplicação: "a) o da *unidade processual*, segundo o qual, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha, de modo que a velha teria de se impor para não ocorrer a retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até a sua vigência; b) o das *fases processuais*, para o qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), cada uma suscetível, *de per si*, de ser disciplinada por uma lei diferente; c) o do *isolamento dos atos processuais*, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais".[8]

A última corrente acima mencionada é a que encontra guarida na Lei 13.105/2015, pois o *caput* do art. 1.046 do NCPC assim estabelece: "Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973".

Entretanto, as disposições do CPC/1973 relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do NCPC. Nesse caso específico, será respeitada a *unidade processual* dos processos que tramitam sob o rito sumário (objeto de revogação pelo NCPC) e dos procedimentos especiais revogados pelo NCPC. Em ambos os casos, será aplicado o CPC/1973, muito embora esteja em vigor o NCPC.

Por fim, cumpre observar que, no tocante ao direito probatório, as regras de direito intertemporal também serão diferentes porque o art. 1.047 do NCPC estabelece que “as disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início da sua vigência”.

[1]Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 30. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 110.

[2]Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 30. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 111.

[3]Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 1.

[4]João Castro Mendes, *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed. Lisboa, Pedro-Ferreira Artes Gráficas, 2010, p. 175.

[5]Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 432-433.

[6]Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 433.

[7]Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 435-436.

[8]*Teoria geral do processo*, 30. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 105.

8

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

Vistas as bases conceituais mínimas da disciplina de direito processual civil e compreendidos os princípios que a informam, estamos em condições de abordar os institutos fundamentais do processo. É com base nesses institutos que se desenvolverá a teoria geral do direito processual civil.

De fato, é muito útil estudar os diversos institutos existentes em processo sob a ótica dos institutos fundamentais para podermos ter uma visão global e unitária do processo.[1] Os princípios gerais do processo, que estudamos no Capítulo 6, incidem diretamente sobre os institutos fundamentais. Podemos dizer que, na verdade, cada tema no direito processual está ligado mais fortemente a algum desses institutos fundamentais.

Mas, quais seriam esses institutos fundamentais? Não há unanimidade a respeito. Parte da doutrina defende serem três os institutos fundamentais:[2] a ação, a jurisdição e o processo. Esta, aliás, é a teoria clássica, que fala na existência de uma trilogia estrutural do direito processual.

De outra banda, seguindo a lição de Cândido Dinamarco[3], preferimos falar em quatro institutos fundamentais, de modo a ressaltar a isonomia processual: fala-se em ação, ligada ao autor, e defesa, ligada ao réu, além da jurisdição e do processo. Portanto, os institutos fundamentais seriam: ação,

defesa, jurisdição e processo.

Definidos quais são, na nossa ótica, os institutos fundamentais, cabe lembrar, agora, a discussão sobre qual deles deve ter a primazia. Superada a fase autonomista do processo, em que a ação ocupava o centro do sistema processual civil, observamos que, segundo a doutrina normalmente aponta, a preferência é da própria jurisdição. Assim verificamos em Cândido Dinamarco,[4] Milton Paulo de Carvalho[5] etc. Essa colocação, à luz do CPC de 2015, talvez possa ser revista. Num diploma legal em que o destaque é para o contraditório, que prega o regime de cooperação entre todos os sujeitos do processo, parece dar primazia para o instituto fundamental "processo" e não mais à jurisdição.

Jurisdição: considerado por muitos como o objeto central da disciplina do direito processual. Como já destacamos aqui, repetidas vezes, é manifestação de poder (a própria teoria geral do processo num sentido mais amplo[6] parte da ideia, comum também à Administração, de poder. Assim, quando falamos em dever de motivar, princípio da legalidade, publicidade etc. estamos levando em conta a necessidade de limitação do poder).

Ação: necessária para a atuação da jurisdição. A ação sempre foi tema fascinante. Antes, a trato dos civilistas. Depois, chegou a um nível de abstração que a vincula ao direito de petição (qualquer coisa que se pede ao Poder Público).

Hoje se pensa em ação como forma de acesso à justiça.

E, em termos de técnica processual, sua projeção é enorme. Elementos da ação, conexão, litispendência, coisa julgada, limites da sentença, carência de ação etc.

Defesa: em processo penal acabou sendo mais destacada. Sua importância no processo civil é, também, magna. Não se pode olhar o processo apenas sob o ponto de vista do autor (a defesa é tão relevante quanto a ação, para o correto exercício da jurisdição).

Processo: ligação íntima com o contraditório e, via de consequência, com a citação, prazos, nomeação de curador, ausência de defesa, desnecessidade de instrução etc.

Sua expressão visível é o procedimento, mas com ele não se confunde. As regras procedimentais refletem a maneira com que o ordenamento jurídico encara os próprios institutos fundamentais (maior ou menor disponibilidade

da parte; poderes do juiz etc.).

Visto, dessa forma, o conteúdo e projeções que tais institutos apresentam, podemos notar como eles se refletem neste nosso livro, a partir desse momento: jurisdição, organização judiciária e competência, (Capítulos 9, 11 e 12, ligados à jurisdição), ação (Capítulo 13), exceção (ou defesa, Capítulo 14), processo, sujeitos processuais, regime financeiro do processo, litisconsórcio, intervenção de terceiros, procedimento, atos processuais, e, finalmente, formação, suspensão e extinção do processo (Capítulos 15 a 22).

[1]Cândido Dinamarco afirma não ser exagerado "[...] dizer que *os quatro institutos fundamentais resumem em si e exaurem toda a disciplina do direito processual"*(Fundamentos do processo civil moderno, 3. ed., São Paulo: Malheiros,. 2000, v. I, p. 115).

[2]É o caso, por exemplo, de Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. I, p. 71.

[3]*Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. I, p. 111.

[4]*Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. I, p. 116.

[5]*Teoria geral do processo civil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 107-108.

[6]*Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros,. 2000, v. I, p. 116-117.

9

JURISDIÇÃO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

9.1. CONCEITO

Como já foi explorado anteriormente (Capítulo 2), é imperioso que existam formas de solução dos conflitos de interesse que assumam repercussão maior no âmbito social. É condição para o próprio desenvolvimento harmônico da sociedade, possibilitando o atingimento do bem comum.

Esses modos de solução de conflitos sofreram evolução ao longo da história, de tal modo que o Estado resolveu chamar para si, em caráter principal, a missão de resolver os conflitos, nascendo o que chamamos de jurisdição. Temos aqui, portanto, uma primeira noção de jurisdição, em que o Estado aparece como um terceiro imparcial estabelecendo a solução do conflito.

Cabe agora, porém, aprofundar esse conceito. Para tanto iremos nos valer de algumas definições clássicas de jurisdição, procurando identificar elementos essenciais, além de abordar aspectos que a doutrina mais moderna tem procurado incluir na definição.

Começamos por lembrar que Giuseppe Chiovenda, inspirador de muitos processualistas italianos e brasileiros, centrava o seu conceito nas ideias de atividade do Estado, de caráter substitutivo, que visava à aplicação do direito positivo.[1]

Outro processualista clássico, cujas ideias também influenciaram o pensamento de inúmeros processualistas, Francesco Carnelutti, fiel ao seu modelo de processo centrado na figura da lide, chegou a prelecionar que o fim do processo era a *"justa composição da lide"*.[2]

Numa outra perspectiva, é digno de menção o pensamento de Allorio, para quem o ponto de destaque da ideia de jurisdição, que a diferenciava de atividades como a de administração, era a coisa julgada.[3] Só as decisões jurisdicionais são suscetíveis de adquirirem a imutabilidade própria da coisa julgada material.

Os inúmeros conceitos que a doutrina elaborou ao longo do século passado giraram fundamentalmente em torno dessas três grandes balizas. É claro que podemos identificar variações ou posições originais, mas os autores brasileiros, de uma maneira ou de outra, se filiavam, basicamente, à ideia de substitutividade[4] e atuação da vontade da lei, de composição da lide e da formação de coisa julgada.

Naturalmente, todas as teorias sofreram críticas, em maior ou menor grau. Entretanto, parece-nos que a opinião de Allorio traz um problema mais grave. A jurisdição, segundo se entende atualmente, abrange também a atividade de execução, que não faz coisa julgada material. Assim, embora a coisa julgada seja um elemento característico da jurisdição ela não está presente em todas as suas vertentes, o que, a nosso ver, impossibilita a elaboração de um conceito centrado nesse aspecto.

Com relação às definições de Chiovenda e de Carnelutti, tinha razão, a nosso ver, Enrico Tullio Liebman quando dizia que, sem considerar a esfera penal, *"podem ser consideradas complementares"*.[5] Realmente, apesar de Chiovenda e Carnelutti partirem de concepções diferentes do ordenamento jurídico,[6] cada um dos deles aborda a atividade jurisdicional sob um ângulo importante. O Estado, ao exercer a jurisdição efetivamente atua a vontade concreta da lei, como dizia Chiovenda. Não se pode negar, entretanto, que a atividade jurisdicional existe, desde sua origem, principalmente para resolver os conflitos (levando em conta que nem sempre estes são resolvidos diretamente pelos interessados).

Entre nós, Cândido Dinamarco apresenta uma definição de jurisdição estatal[7] que alia os elementos essenciais do conceito de Chiovenda e de Carnelutti, conforme se pode notar: *"função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito*

em casos concretos”.[8]

Oportuno anotar que Cândido Dinamarco, ao explicar o significado de jurisdição, vai além dessas ideias, incluindo a finalidade de realizar os escopos do processo, que ele tão bem detalha na sua obra *A instrumentalidade do processo*. Entre esses escopos não estaria apenas o *jurídico* (atuação do direito material), como também os *sociais* (como a pacificação social) e os *políticos* (por exemplo, afirmação da autoridade estatal).[9]

Para adicionar mais elementos nessa breve resenha, conveniente apontar algumas opiniões críticas sobre o conceito de jurisdição, encontradas em doutrina nacional. Começamos por Ovídio Baptista, que cuidadosamente aborda criticamente as teorias mais conhecidas sobre o conceito de jurisdição, em doutrina nacional e estrangeira. No caso da doutrina de Chiovenda, a despeito de entender que foi formulada à luz de pressupostos jurídico-filosóficos do século XIX, que não deixavam espaço para qualquer atividade criativa do juiz, acaba por aderir (com ressalvas) aos seus principais elementos. Entre as ressalvas, destaque-se o seu entendimento de que é equivocado definir a jurisdição pela finalidade e não pelo que é (até porque a realização do direito objetivo não seria função exclusiva da jurisdição) e de que não seria propriamente a substitutividade a sua característica essencial e sim a imparcialidade.[10]

Também crítico de Chiovenda, José Albuquerque Rocha discorda de que a substitutividade seja característica distintiva da jurisdição, pois as atividades do Estado seriam todas elas originariamente da sociedade ou grupos sociais. Assim, argumenta ele, todas as atividades do Estado seriam substitutivas.[11] Não é nesse sentido, porém, que entendemos a substitutividade. Segundo pensamos, a substitutividade existe no sentido de que, dado um conflito, a partir do momento em que se submete à jurisdição, a sua solução depende – a final – da atividade do Judiciário e não exclusivamente dos sujeitos em conflito.[12] Essa concepção de substitutividade não pode ser aplicada à atividade que o Estado exerce quando administra, visando a prover a sociedade dos serviços públicos. José Albuquerque Rocha procura, por outro lado, associar a jurisdição à ideia de tutela de direitos (derivada da garantia constitucional do art. 5º, XXXV).[13]

Finalmente, lembramos Luiz Guilherme Marinoni, que detalhadamente aborda os vários conceitos de jurisdição, desferindo suas críticas. O cerne da

sua opinião é que os antigos conceitos de jurisdição foram elaborados a partir da ideia de um juiz que simplesmente declara a lei a ser aplicada no caso concreto, o que as invalida se olhadas sob a perspectiva do Estado Contemporâneo, que privilegia a interpretação das leis com base na Constituição, de modo a garantir os direitos fundamentais.[14] No caso específico de Chiovenda, aponta que a aplicação da "lei" é anacrônica. Parece-nos, porém, que o fato de a formulação da teoria ser antiga não impede a sua releitura, dentro da concepção atual. Eventualmente, com uma pequena adaptação, como a que sugere Alexandre Freitas Câmara, substituindo aplicação da "lei" pela aplicação do "direito", o que permite mais facilmente a interpretação da norma à luz da Constituição Federal.[15]

Com base nesses elementos, e para efeito de desenvolvimento do estudo didático do tema, apresentamos a nossa contribuição, definindo jurisdição como *função exercida em caráter substitutivo, através da qual o Estado, em cumprimento da garantia constitucional de inafastabilidade do controle, atua o direito, seja mediante declaração ou execução, produzindo pacificação social e consequentemente tutelando os direitos*.

9.2. PROBLEMAS MODERNOS ENVOLVENDO O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

A par dos aspectos abordados acima, que permearam (e permeiam) as discussões sobre o conceito de jurisdição, ao longo de sua evolução doutrinária, parece-nos que mais outros dois pontos merecem destaque, sobretudo na abordagem contemporânea sobre o tema.

O primeiro deles diz respeito a quem exerce a jurisdição. Como se percebe dos conceitos tradicionais, falava-se em jurisdição como atividade exercida pelo Estado. Ocorre que atualmente é forte a corrente doutrinária que entende que a arbitragem tem caráter jurisdicional,[16] a se refletir no próprio texto do Código de Processo Civil de 2015.[17]

Contra este entendimento, pesa o fato de que o árbitro possui a *vocatio* (poder de chamar em juízo), a *notio* (o poder de conhecer), *judicium* (poder de julgar), mas lhe falta a *coertio* e a *executio* que são tidas como atributos da jurisdição.[18] Esse argumento, porém, não parece definitivo, pois é possível

dizer que, dentro de seu âmbito de atuação, o árbitro exerce atividade cuja natureza não difere da praticada pelo juiz.

Por outro lado, nosso ordenamento jurídico tem tratado atualmente os atos praticados pelo árbitro como se fossem realizados pelo juiz. Basta lembrar que a sentença arbitral tem a mesma eficácia que a judicial, autorizando igualmente o cumprimento de sentença.

Considerando todos esses aspectos, observamos, na doutrina brasileira, divergência significativa a respeito do tema. A título de exemplo, verificamos que Leonardo Greco[19] defende que a jurisdição, entre nós, continua sendo uma função estatal. Para esse autor, ainda que se verifique uma tendência à desestatização da jurisdição, a arbitragem não recebeu da Lei 9.307/1996 "a totalidade dos poderes que caracterizam a jurisdição". Assim, prossegue, a jurisdição continuaria sendo uma função "tipicamente estatal". Também excluindo a arbitragem do conceito de jurisdição, vemos Cassio Scarpinella Bueno,[20] entre outros. De outro lado, vemos João Batista Lopes[21] e Cândido Dinamarco aderindo à tese de que a arbitragem tem caráter jurisdicional. Cândido Dinamarco, aliás, apresenta nítida mudança de pensamento a esse respeito. Anteriormente, tratava a arbitragem com sucedâneo jurisdicional, reservando o termo jurisdição para designar a "função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos".[22] Atualmente, porém, assevera ser "indiscutivelmente jurisdicional a atividade do árbitro".[23]Independentemente da posição de cada autor a respeito da questão, não se pode negar, à vista do ordenamento jurídico brasileiro, que a arbitragem, se não for expressão de jurisdição, pelo menos tem tratamento equiparado à jurisdição. Considerando que essa disciplina jurídica da arbitragem é considerada constitucional, o que foi reconhecido pelo STF, a discussão sobre ser ou não jurisdicional acaba assumindo caráter meramente conceitual.

De todo modo, quem faz questão de incluir a arbitragem no conceito de jurisdição deve atentar para o fato de que as definições tradicionais precisariam ser adaptadas. Nesse sentido, procurando harmonizar o conceito de jurisdição de molde a se poder nele incluir a arbitragem, vemos a definição de Milton Paulo de Carvalho:[24] "*jurisdição é o poder exercido pela autoridade social legítima, de declarar o direito para solução de conflitos intersubjetivos e impor coercitivamente o cumprimento dessa declaração ou de órgão legalmente autorizado a declará-lo*". Mais do que isso, se fôssemos

considerar a arbitragem como jurisdicional, as próprias características e princípios da jurisdição deveriam ser revistos para não haver incongruência. Cândido Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho[25] destacam que a inevitabilidade da jurisdição, pelo menos nos moldes tradicionais, não seria compatível com a arbitragem. O mesmo poderíamos dizer quanto à aderência ao território, por exemplo. A mesma revisão deveria ser feita em matéria de princípios jurisdicionais. De nossa parte, registrada a dissenção doutrinária, optamos por excluir a arbitragem do conceito de jurisdição, como se observou supra (item 9.1).

Outro elemento que pode repercutir no conceito é a jurisdição voluntária. Como será abordado em item posterior, a discussão sobre a natureza jurídica da jurisdição voluntária, que parecia quase pacificada na doutrina brasileira há algumas décadas, tem sido retomada mais recentemente. Quem entende que a "jurisdição voluntária" tem natureza jurisdicional deve adaptar o seu conceito de modo a não relacioná-la exclusivamente à pacificação de conflitos. De nossa parte, conforme iremos discorrer adiante, entendemos que a jurisdição voluntária não tem natureza jurisdicional, motivo pelo qual não vemos necessidade de alterar o conceito anteriormente exposto.

9.3. JURISDIÇÃO ESTATAL: CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS

Nota-se, em doutrina, que não há uniformidade na identificação das características e dos princípios da jurisdição. Vemos que para um determinado autor tal elemento seria característica, enquanto para outro esse mesmo elemento seria um princípio da jurisdição.

Sem dúvida, a estreita relação existente entre as características da jurisdição e os princípios que a informam torna difícil, em certos casos, fazer rigorosa distinção. A despeito dessa dificuldade, de nossa parte, para fazermos uma separação coerente entre características, de um lado, e princípios, do outro, partimos da premissa de que as características identificam um instituto e distinguem-no de institutos semelhantes, e que os princípios constituem as suas bases de formação, e servem para compreender e interpretar os dispositivos legais a ele pertinentes.[26]

A partir dessa premissa, acreditamos que as características podem ser extraídas do próprio conceito de jurisdição. Assim, apresentamos o seguinte elenco de características:

> a) **substitutividade**: a jurisdição exerce-se de modo tal que a solução do conflito não depende mais da atividade das partes, mas, a despeito da participação dos sujeitos parciais, fornecendo elementos que influenciarão na convicção do juiz, a solução final é dada efetivamente pelo Judiciário. O substituir-se às partes, a nosso ver, liga-se diretamente ao caráter imparcial da jurisdição e tem relação com o fato de, como regra, ser vedada a autotutela como meio de solução de conflitos;[27]
>
> b) **finalidade de resolução de conflito**: abstraindo as discussões inerentes ao conceito de lide, entendemos que a jurisdição existe em função da necessidade de se buscar pacificação social. Como vimos a partir de uma análise de sua evolução histórica (Capítulo 2), a jurisdição surgiu justamente como meio de solucionar conflitos. Não cremos que ela possa ser desvinculada dessa função. Não negamos a sua função de efetivar direitos fundamentais, mas ela só os efetiva na medida em que é provocada em relação a um determinado conflito;
>
> c) **aplicação do direito**: a resolução do conflito se opera a partir da aplicação do direito. Através do exercício da jurisdição se tutela o direito das partes. Destaque-se que não se trata apenas de atuação da lei, mas do direito em si, numa concepção ampla que não se limita à simples subsunção das regras legais ao caso concreto;
>
> d) **suscetibilidade de se tornar imutável**: embora nem toda atividade jurisdicional seja direcionada à produção de coisa julgada, motivo pelo qual não a incluímos no nosso conceito de jurisdição, julgamos importante mencioná-la aqui como elemento distintivo. Com efeito, há alguns casos em que a atividade da administração (Poder Executivo) assemelha-se à atividade jurisdicional, por ser exercida através de procedimento feito em contraditório, e culminar com uma decisão final (como, *v.g.*, procedimentos perante o Tribunal de

> Impostos e Taxas, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais etc.). A aparente dificuldade em distinguir tais atividades da jurisdicional desaparece rapidamente quando observamos que as decisões de tais órgãos não são suscetíveis de se tornarem imutáveis por força da coisa julgada.[28]

Com relação aos princípios que informam a jurisdição, podemos indicar:

> a) **inércia**: a jurisdição só se exerce mediante provocação. A provocação se dá através da demanda, motivo pelo qual se pode dizer que o princípio da demanda tem o mesmo significado do princípio da inércia.[29] Como já se observou em capítulo anterior, ao se tratar do princípio da demanda, a inércia tem estreita ligação com a imparcialidade. De fato, não seria concebível que o juiz tomasse para si a função de judicializar por conta própria os conflitos, pois, ao fazê-lo, automaticamente acabaria tomando partido de uma das partes. A inércia transparece claramente no art. 2º do CPC de 2015, quando expressa que o processo civil começa por "*iniciativa da parte"*;
>
> b) **investidura**: sendo expressão de poder do Estado, a jurisdição só poderá ser exercida por autoridade legitimamente investida do poder de julgar. A esse respeito devemos observar que só haverá jurisdição se a demanda (a "provocação" a que nos referimos na letra anterior) vier a ser proposta mediante órgão jurisdicional, regularmente investido de tal autoridade. Estamos tratando, portanto, de pressuposto processual de existência do processo.[30] Lembramos, por oportuno, o art. 92 da Constituição Federal, que elenca os órgãos que compõem o Poder Judiciário;[31]
>
> c) **juiz natural**: a demanda deve ser proposta perante o órgão jurisdicional que seja naturalmente competente, segundo normas preexistentes do ordenamento jurídico. Assim, não é possível controlar quem irá julgar o conflito. São órgãos existentes antes do conflito, que irão julgar por aplicação de normas de competência também anteriormente estabelecidas. O juiz natural é condição essencial para a imparcialidade,

visto que, se a solução do conflito pudesse ser direcionada para este ou aquele órgão específico, haveria oportunidade de manipulação do resultado final. O juiz natural tem previsão constitucional no art. 5º, LIII, ao dispor que "*ninguém será processado senão pela autoridade competente*", bem como no art. 5º, XXXVII, que proíbe juízo ou tribunal de exceção (isto é, aquele criado após a ocorrência do fato);[32]

d) **aderência ao território**: esse órgão jurisdicional, regularmente investido e competente, perante o qual deverá ser proposta a demanda, poderá exercer suas funções dentro de determinados limites territoriais. A questão dos limites territoriais diz respeito tanto aos limites do território brasileiro quanto os lindes da competência territorial daquele órgão jurisdicional. Assim, para a prática de atos fora desses limites haverá a necessidade de colaboração de outros órgãos. O CPC de 2015 traz regramento detalhado da cooperação tanto no âmbito interno (cooperação nacional) quanto no âmbito externo (cooperação internacional). Com respeito à cooperação nacional que possibilita a prática em território diferente daquele em que se situa o órgão jurisdicional, destacamos a previsão do art. 237, I, sobre a carta de ordem (destinada a formalizar a comunicação processual entre o órgão superior e outro a ele vinculado) e a do art. 237, III, sobre a carta precatória (que serve para prática de atos em comarca – ou seção judiciária – diferente daquela em que tramita a causa). Por outro lado, em matéria de cooperação internacional fazemos referência à carta rogatória (em que se solicita a prática de ato processual por órgão jurisdicional estrangeiro – art. 237, II) e ao auxílio direto, do art. 28, em que a prática do ato no território estrangeiro é intermediada pelas autoridades centrais dos dois países;[33]

e) **inevitabilidade**: a função jurisdicional, tal como toda função do Estado, é exercida *com fundamento no poder*, como bem lembra Cândido Dinamarco.[34] Assim, como consequência da imperatividade inerente, não se pode simplesmente subtrair-se à jurisdição e seus efeitos. Aquele que foi citado para integrar uma relação processual pode até deixar de

contestar, ou mesmo de praticar qualquer ato no processo, abstendo-se por completo, mas a jurisdição irá atuar normalmente, ainda que à sua revelia;

f) **inafastabilidade**: esse princípio repousa na garantia de acesso à justiça, expressa no art. 5º, XXXV, da CF. O Estado, ao mesmo tempo em que veda, como regra, a autotutela, assume o compromisso de resolver os conflitos e atuar o direito. Aqui transparece outra faceta da jurisdição, o seu viés *função*. Nem mesmo a lei poderá afastar do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Observe-se que a lei da arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade do controle judicial, visto que apenas reconhece que as próprias partes (quando maiores, capazes e se trate de direito disponível) optem por resolver seus conflitos sem a presença do Judiciário, como ficou assentado pelo próprio STF.[35] Mesmo nesses casos, porém, a possibilidade de intervenção do Judiciário não fica completamente excluída, seja para efetivar a decisão do árbitro, seja para anular a sentença arbitral viciada;

g) **indelegabilidade**: a função jurisdicional não é delegável. A não delegabilidade diz respeito de um lado, ao fato de que a divisão de poderes consagrada na Constituição não permite ao Judiciário que transfira a outro poder do Estado a tarefa de julgar que lhe foi constitucionalmente atribuída. De outro lado, também não se pode delegar internamente a função que lhe foi cometida, de acordo com as regras de competência. Nesse particular, podemos considerar a indelegabilidade como consequência da própria adoção do princípio do juiz natural.

9.4. ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

É da tradição da doutrina identificar as chamadas “espécies de jurisdição”, apesar de, a rigor, os elementos utilizados nessa classificação dizerem respeito a outros aspectos, como, por exemplo, a competência.

Para não fugir ao padrão de classificação usual, e à própria nomenclatura habitualmente empregada, manteremos essa mesma abordagem, a despeito da

ressalva do ponto de vista científico. Seriam os casos da:

> a) **jurisdição civil e jurisdição penal**: tal classificação tem por base a matéria objeto de conflito. Nesse sentido fala-se em jurisdição penal como sendo aquela que trata do *jus puniendi* do Estado, isto é, aquela cujo processo é desenvolvido no sentido da identificação de fato típico na seara penal e respectiva aplicação de pena. A jurisdição civil, por outro lado, aparece como sendo aquela que trata de causas não penais (não apenas as civis, propriamente ditas, mas as empresariais, tributárias, administrativas etc.). A esse respeito não se pode deixar de observar que, a despeito de serem como regra independentes, há circunstâncias em que há influência de uma em relação a outra. O juízo penal pode, às vezes, determinar a suspensão do processo tendo em vista a existência de um processo no âmbito civil cuja resolução pode trazer influência no julgamento penal (arts. 92 a 94 do CPP). O exemplo sempre lembrado é o do julgamento do crime de bigamia, que pode ser influenciado pelo resultado de um processo na área de família em que se discute a validade do primeiro casamento. Naturalmente, se o casamento for tido como inválido não há que se falar em bigamia. Do mesmo modo, o juízo civil pode determinar a suspensão do processo para aguardar o pronunciamento do juízo penal a respeito de determinado fato delituoso (art. 315 do CPC). Igualmente lembramos que o juiz civil irá tomar como certa a existência da obrigação de indenizar – embora tenha de aferir o *quantum* – se assim estiver estabelecido na sentença penal condenatória, tendo em conta que um dos efeitos da condenação penal é tornar certo o dever de indenizar (art. 91 do CP, art. 63 do CPP e art. 935 do, CC).[36] Não é por outro motivo que a sentença penal condenatória é considerada título executivo judicial – art. 515, VI, do CPC;
>
> b) **jurisdição especial e jurisdição comum**: aqui também a distinção está ligada à competência, e não à jurisdição em si. Dentro da organização judiciária brasileira, há justiças especiais (militar, eleitoral, trabalhista) que se destinam a

julgar determinadas matérias específicas. De outro, há a chamada Justiça Comum (estadual e federal), que julga quaisquer matérias;

c) **jurisdição superior e jurisdição inferior**: considerando que o nosso sistema tem à sua base o chamado duplo grau,[37] que possibilita recurso contra as decisões originariamente previstas. Em função do duplo grau há necessidade de existirem tribunais que vão julgar os recursos contra tais decisões. Esses tribunais constituem a jurisdição superior, ao contrário dos órgãos que julgam o conflito pela primeira vez (jurisdição inferior);

d) **jurisdição de direito e jurisdição de equidade**: como se sabe, o juiz decide atuando o direito, mas a sua liberdade encontra os limites expressos no ordenamento jurídico. Com efeito, o juiz resolve os conflitos mediante aplicação das regras e princípios constantes do ordenamento jurídico. Excepcionalmente, entretanto, o legislador permite que o julgador resolva sem estar estritamente apegado à letra da lei, podendo aplicar a norma que reputar mais justa naquele caso. É como observamos no parágrafo único do art. 140, ao expressar que "*o juiz só decidirá por equidade nos termos da lei*". Os casos em que a lei prevê a decisão por equidade são pontuais. Exemplo da abertura para o juízo de equidade é o parágrafo único do art. 723, que prevê, no procedimento de jurisdição voluntária, que o juiz "*não é obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna*". Outra referência ao juízo de equidade pode ser encontrada na fixação dos honorários no caso de o proveito econômico obtido pelo vencedor ter valor inestimável ou irrisório, ou, ainda, se o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º, do CPC). Na legislação extravagante, há quem veja no art. 6.º da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), quando expressa que deverá ser adotada a decisão "*mais justa e equânime*", uma permissão para o juiz julgar por equidade.[38] Tratando-se, finalmente, de arbitragem, é de se notar que as próprias partes podem convencionar que o árbitro poderá julgar por equidade

(art. 2º, *caput*, da Lei 9.307/1996). A questão da aplicabilidade da equidade pode adquirir nova dimensão se prevalecer o entendimento manifestado por Flávio Yarshell. Defende o processualista que seria possível, por convenção processual (arts. 190-191), autorizar o juiz a decidir por equidade.[39] Trata-se, sem dúvida, de construção interessante e que merece reflexão, sobretudo por se tratar (a convenção processual) de um tema pouco versado em doutrina pátria. À primeira vista, porém, temos sérias dúvidas quanto a essa possibilidade, por dois motivos. O art. 190 fala em dispor sobre poderes, deveres, ônus e faculdades processuais **das partes**. Estipular se será a causa julgada com base nas regras de direito ou por equidade parece que não se enquadra no permissivo. Ademais, diferentemente da Lei da Arbitragem, que expressamente previu essa possibilidade (art. 2º, *caput*), o CPC estabeleceu que a causa será julgada pela aplicação do direito, a não ser que **a lei**, em determinada situação, preveja o julgamento por equidade. A questão, naturalmente, está em aberto;

e) **jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária**: a jurisdição contenciosa é fundada na existência de conflito (contenda), diferentemente da voluntária, que não tem por pressuposto a situação conflituosa. Sobre a jurisdição voluntária, porém, trataremos com mais vagar no item seguinte.

9.5. A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Para a boa compreensão do tema, é oportuno considerar o fato de que determinados atos da vida civil, embora digam respeito, particularmente, a certas pessoas, diretamente envolvidas, a repercussão de tal ato na sociedade é inegável. Assim, acaba havendo um interesse indireto da sociedade de maneira geral. Desse modo, fácil de ver que se duas pessoas resolvem constituir uma pessoa jurídica para desenvolver uma atividade empresarial, embora o interesse direto seja a eles atinente, não se pode negar que a iniciativa gera repercussão em termos de empregados, fornecedores, consumidores etc. Igualmente notamos essa dimensão maior no ato do

casamento, uma vez que implica constituição de família, que, como se sabe, recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF).

Para a prática desses e de outros atos, o Estado conta com a participação de algum ente que irá velar pela lisura e adequação. Esses entes podem ser a Junta Comercial (que, entre outras coisas, cuida do registro de sociedades empresariais), os Cartórios de um modo geral, e até o Ministério Público (perante o qual se procede à criação de fundação). Ocorre que, em certos casos, o ato fiscalizatório é atribuído ao próprio Poder Judiciário. Quando isso sucede falamos que o Poder Judiciário está sendo utilizado não para resolver conflito, mas para realizar uma atividade que se pode reputar administrativa, exercendo *administração pública de interesses privados*. O Poder Judiciário exercendo esse tipo de atividade dá ensejo ao que se convencionou chamar de "jurisdição voluntária". Note-se que no exercício da atividade de jurisdição voluntária é até possível que as divergências internas provoquem algum tipo de conflito, mas não é condição necessária e nem é seu objetivo atuar para possibilitar a sua solução.

O exemplo mais patente é o divórcio (ou a separação) consensual, previsto nos arts. 731 e seguintes do CPC. Observe que as partes podem estar de acordo em absolutamente tudo, sem a menor sombra de conflito, e, mesmo assim, o ato estará sendo realizado com a participação do Judiciário. O exemplo do divórcio consensual, aliás, é bem adequado porque permite desenvolver uma interessante abordagem sobre o tema. Referimo-nos à necessariedade ou não da realização do ato perante o Poder Judiciário. Andrea Proto Pisani discorre muito bem a respeito do tema.[40] Temos os casos em que a presença do Judiciário é ineliminável tendo em vista que o Estado prometeu atuar, mediante requerimento da parte, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito. Sua atuação, portanto, é necessária. Em outros casos, porém, verificamos que a sua atuação se dá apenas por razões de política legislativa, visto que sua presença não é indispensável. Veja-se o exemplo do divórcio consensual. Em alguns países o divórcio se realiza fora do âmbito do Judiciário, na Prefeitura, por exemplo, como ocorre no Japão. Entre nós, até o advento da Lei 11.441/2007, o divórcio (separação) consensual só podia ser realizado perante o Judiciário. A partir de 2007 passou-se a admitir que o divórcio (ou separação) consensual fosse realizado por escritura pública lavrada por Tabelião, desde que o casal não tivesse filhos incapazes (situação essa que foi mantida no novo CPC, art. 733).

Verificado, portanto, que a jurisdição voluntária difere da jurisdição contenciosa, torna-se pertinente indagar se efetivamente ambas possuem a mesma natureza jurídica. Em outros termos, conforme já debatido em doutrina desde há muito tempo, a "jurisdição voluntária" possui natureza jurisdicional? Desde logo tenhamos presente que o fato de ser exercida pelo Judiciário não lhe dá, por si só, caráter jurisdicional. A identificação do caráter jurisdicional ou não deve ser aferida a partir das características que identificam a atividade jurisdicional. Como detalhado no item 9.3, reconhecemos como características da jurisdição a substitutividade, a finalidade de resolução de conflitos, a aplicação do direito e a suscetibilidade de se tornar imutável. A jurisdição voluntária possui essas características?

Leonardo Greco observa muito bem que as diferenças entre jurisdição contenciosa e voluntária são difíceis de estabelecer com precisão, visto que esta última abrange atividades bastante heterogêneas.[41] Basta observar que o nosso Código de Processo Civil elenca com sendo objeto de procedimento de jurisdição voluntária o pedido de emancipação, o de sub-rogação, a alienação de bens de crianças ou adolescentes, a alienação de coisa comum, a extinção de usufruto, a expedição de alvará judicial, a homologação de autocomposição extrajudicial, a notificação, o divórcio consensual, a abertura de testamento, a interdição etc. (arts. 719 a 770 regulam toda a matéria no CPC). Como se vê, a heterogeneidade é marcante. Assim, uma diferença que pode ser nítida para uma forma de jurisdição voluntária não se identifica em outra.

Apesar dessa condição inegável, achamos razoável o entendimento de que na jurisdição voluntária não há substitutividade, visto que há a clara posição de antagonismo que ocorre na contenciosa, nem finalidade de resolução de conflitos, considerando que a presença de conflito não é pressuposto da jurisdição voluntária, nem a atuação do direito se mostra de maneira tão marcada (não pelo menos na maioria deles). A imutabilidade, ainda que exista em alguma medida, não assume, segundo a maioria da doutrina, a dimensão da coisa julgada material.[42]

Considerando esses aspectos, além do fato de a atuação do Judiciário nesses casos não ser constitucionalmente necessária, concordamos com a posição tradicional na doutrina brasileira de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, revelando-se na verdade como administrativa. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior,[43] em interessante artigo, refere-se justamente ao

divórcio consensual, argumentando que não se pode considerar jurisdicional ou não jurisdicional conforme seja realizado em cartório ou perante o Judiciário. Na verdade, pondera o autor com toda a razão, o fato é que sempre se tratou de uma atividade não jurisdicional, apesar de atribuída ao Judiciário, visto que, conforme destacado anteriormente, não era constitucionalmente necessária.

O entendimento de que a jurisdição voluntária não tem caráter jurisdicional, que era marcadamente majoritário na doutrina nacional, passou, nos últimos anos, a sofrer dissensões importantes. Vejam-se, por exemplo, Cândido Dinamarco,[44] afirmando que a jurisdição voluntária é efetivamente jurisdição, e Leonardo Greco[45], no sentido de que ela pode ter caráter jurisdicional. Para tais autores a definição de sua natureza seria identificável pela aplicação dos princípios, de maneira quase uniforme tanto na contenciosa quanto na voluntária. Com efeito, em ambas se observa a imparcialidade, o contraditório, a motivação, a inércia (art. 720). Aliás, em matéria de inércia, como observa muito bem Leonardo Greco, a adstrição (congruência) também se deve considerar presente em matéria de jurisdição voluntária, por ser derivada da exigência de atuação apenas mediante provocação.[46] Reconhecemos que há vários princípios em comum entre a jurisdição contenciosa e a voluntária. As diferenças de características, porém, conforme apontado, impedem que consideremos jurisdicional a jurisdição voluntária.

Finalmente, para melhor entendimento da jurisdição voluntária, apresentamos a classificação de suas modalidades. Seguimos, nesse particular, o critério adotado por Moacyr Amaral Santos, que identificava cinco categorias diferentes de procedimentos de jurisdição voluntária, a saber:[47] *atos de formação dos sujeitos jurídicos* (o exemplo, no direito brasileiro, seria a constituição de partido político, que depende de autorização da justiça eleitoral); *atos de integração da capacidade jurídica e fiscalização dessa atividade* (é o caso da nomeação e fiscalização do tutor e curador, arts. 755-763); *intervenção no estado das pessoas* (divórcio e separação consensual – arts. 731-733); *atos de participação no comércio jurídico* (caso da notificação judicial, prevista no arts. 726-729) e o *juízo de conciliação* (encontrado, por exemplo, na audiência do art. 334).

9.6. ESPÉCIES DE TUTELA

JURISDICIONAL ESTATAL

9.6.1. Conceito de tutela jurisdicional

A doutrina atual passou a abordar a temática da jurisdição com foco principal nos resultados práticos que ela proporciona na vida do jurisdicionado. Essa visão é muito profícua, na medida em que evita que o estudo do processo se perca em detalhes meramente teóricos. Nesse sentido, harmoniza-se perfeitamente com a preocupação com a efetividade do processo.

É nesse contexto que, cada vez mais, o processualista fala em **tutela jurisdicional**.[48] A palavra "tutela", empregada desde há muito no direito civil, traz em si, por força de sua origem etimológica, a ideia fundamental de *proteção*. Como, no caso, vem acompanhada da palavra *jurisdicional*, podemos concluir que se trata da proteção obtida como resultado da atividade jurisdicional. Cândido Dinamarco definiu com toda a precisão:[49]

> "A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas."

9.6.2. Tutela jurisdicional classificada segundo a sua eficácia

A tutela jurisdicional pode ser classificada de várias maneiras, sendo que algumas dessas classificações coincidem com as tradicionais em matéria de ação e de sentença. Trata-se, no caso, da classificação da tutela jurisdicional tendo em vista a eficácia do provimento obtido.

A esse respeito temos duas correntes principais. A mais tradicional é a ternária, que identifica as modalidades declaratória, constitutiva e

condenatória. Já a quinária, originalmente defendida por Pontes de Miranda e que com o tempo foi ganhando adeptos, entrevê, também, as modalidades executiva *lato sensu* e mandamental.

Teríamos, então:

> a) **tutela declaratória**: visa a resolver a chamada crise de certeza. A solução do conflito posto perante o Judiciário seria dada mediante a simples declaração do direito aplicável à espécie, a definição de quem está amparado pelo direito, quem tem razão. A definição, por via de sentença, a partir do momento em que se torna irrecorrível, traz certeza a respeito da existência ou não de uma determinada relação jurídica, pondo fim à incerteza. Assim, por exemplo, a declaração da existência de relação de paternidade, a declaração de inexistência de relação jurídica tributária, a declaração de falsidade de um documento etc. Em todos esses casos a cessação do estado de incerteza já representa a tutela jurisdicional pretendida pela parte. Justamente por se referir a uma situação já existente, que é apenas reconhecida pelo Judiciário, a tutela declaratória, como regra, produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroage. Ressalve-se, porém, aqueles casos em que o legislador limita a retroatividade, ou permite que o juiz defina de modo diverso quanto ao momento de eficácia, levando em conta aspectos de segurança jurídica. É assim, por exemplo, com a ação direta de inconstitucionalidade, em que se permite a chamada modulação de efeitos, para que o reconhecimento da invalidade daquela norma só passe a ter eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser definido (art. 27 da Lei 9.868/1999). Registre-se que essa modulação de efeitos em matéria de reconhecimento de inconstitucionalidade também passou a ser possível em matéria de controle difuso, de acordo com o art. 525, § 12 e art. 536, § 5º, ambos do CPC;
>
> b) **tutela constitutiva**: tem por objetivo resolver a crise de situação jurídica. O conflito a ser solucionado envolve uma situação jurídica que a parte pretende que não mais subsista. Aqui, não basta dizer quem tem razão, é importante modificar

> uma situação jurídica existente. É assim, por exemplo, com a anulação de um contrato, um divórcio, a revisional de aluguel e vários outros casos. A tutela constitutiva, por envolver a mudança de algo existente, normalmente terá efeitos *ex nunc* (isto é, não retroagirá). É certo, porém, que outras razões poderão fazer com que o legislador estabeleça efeitos retroativos (veja-se, a título de exemplo, o art. 182 do CC);
>
> c) **tutela condenatória**: visa a solucionar a crise de adimplemento. O conflito diz respeito a uma situação de inadimplência de alguma obrigação contratual ou legal. Fartos são os exemplos de conflitos que envolvem uma tutela condenatória para serem resolvidos. É o caso do indivíduo que deixou de pagar um empréstimo, do fulano que praticou ato danoso a terceiro etc. Pretende-se obter uma condenação a pagar, a fazer, a não fazer, enfim, pretende-se não apenas o reconhecimento de que alguém descumpriu determinada norma, mas, também, que se lhe imponha sanção pelo descumprimento. A sanção é justamente a condição para, num momento ulterior, se exigir o cumprimento forçado. Esse é precisamente o que revela a insuficiência da tutela condenatória. Enquanto a tutela declaratória e a constitutiva, *de per si*, resolvem o problema, a tutela condenatória apenas encaminha a solução. A tutela condenatória, para ser efetiva, depende de um procedimento posterior de cumprimento de sentença (a depender de específico requerimento do credor).

Para a teoria quinária, porém, existiriam, ainda, a executiva *lato sensu* e a mandamental. Elas são assim explicadas:

> d) **tutela executiva *lato sensu***: essa modalidade de tutela difere da condenatória pelo fato de não se limitar à imposição de sanção. A tutela, aqui, é completa, pois após a decisão reconhecendo o direito da parte a obter a satisfação já prossegue automaticamente para proporcionar esta satisfação. É o caso do despejo em que, após a sentença reconhecendo o despejo, as medidas satisfativas (emissão de mandado de despejo e sua efetivação), caso necessárias, serão tomadas sem

a necessidade de requerimento específico do vencedor. O mesmo ocorre em relação às ações possessórias;

e) **tutela mandamental**: a característica marcante dessa modalidade de tutela é o fato de o reconhecimento do direito vir acompanhado de uma *ordem*, que o vencido deverá cumprir. Observe-se que a satisfação do direito reconhecido ocorrerá por ato do próprio vencido, diferentemente do que acontece nas executivas *lato sensu*. A ordem, se não for cumprida, pode gerar consequências diversas, desde a imposição de multa para forçar o cumprimento até a configuração de fato típico na seara penal (*v.g.*, crime de desobediência). O exemplo clássico é o do mandado de segurança, mas o nosso sistema processual tem ampliado as hipóteses de tutela mandamental, visando a uma efetividade maior. Assim é o caso da obrigação de fazer e não fazer (art. 536) e da obrigação de entrega de coisa (art. 538). O mesmo se pode perceber da disciplina em matéria de tutela provisória, que dá ampla liberdade no que tange à efetivação (art. 297, *caput*).

Há autores que criticam a teoria quinária, sendo oportuno lembrar Barbosa Moreira, que afirma que tal classificação peca do ponto de vista científico, pois utiliza critérios diferentes, isto é, começa com base no conteúdo e, nas duas últimas modalidades, passa a considerar o critério modo de efetivação. Parece-nos, porém, que, a despeito das críticas, a teoria quinária é importante para explicar adequadamente a diferença essencial, de um lado, entre a tutela condenatória, da forma tradicionalmente concebida, e a executiva *lato sensu* e mandamental, do outro. A distinção é particularmente relevante na medida em que revela a necessidade de dotar o sistema processual de outros meios – diferentes dos tradicionais – para possibilitar maior efetividade às decisões.

9.6.3. Tutela provisória e tutela definitiva

Há, ainda, outra forma de classificar as tutelas jurisdicionais que

assumiu importância maior tendo em vista a sistematização do NCPC a respeito das tutelas de cognição sumária. Trata-se da divisão das tutelas em provisórias e definitivas. É uma classificação que leva em conta a tendência em permanecerem ou não os efeitos da tutela. Vejamos no que consiste.

A temática parte da evidente constatação de que o processo não pode ser instantâneo. Ele envolve um complexo de atos, exige um mínimo de maturação. Esse mínimo de maturação pode, dependendo do caso, e por vários motivos, significar bastante tempo. Ocorre que há situações em que a espera desse tempo necessário para a decisão ou providência jurisdicional representa um problema. Esse problema pode ser o perigo de dano em virtude dessa espera. Às vezes, o problema é outro. Apesar de não haver perigo de dano, afigura-se desarrazoado que o autor espere esse tempo todo sem ter algum tipo de tutela jurisdicional. Seja em um caso, seja no outro, o sistema processual acaba criando a possibilidade de se obter uma providência jurisdicional não permanente antes da solução definitiva.

Podemos identificar, portanto, de um lado, a **tutela definitiva**. Essa tutela definitiva será o resultado da atividade jurisdicional completa, com todos os atos e trâmites necessários. Isso pode significar o *fruto de uma atividade jurisdicional voltada para definir quem tem razão*, resolvendo a controvérsia. Como atividade definitiva que é, permite ao juiz exercer atividade intelectiva aprofundada, examinando a fundo argumentos e provas, realizando o que chamamos de cognição exauriente. Como consequência dessa possibilidade de exame aprofundado, temos que a decisão final, após esgotados os recursos cabíveis, ficará revestida de imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material). Também pode significar o fruto de uma atividade completa de caráter executivo, destinada a satisfazer, em definitivo, aquele que tem razão. Em ambos as situações temos uma proteção jurisdicional concebida para permanecer no tempo.

De outro lado, temos a tutela jurisdicional que não foi concebida para permanecer indefinidamente. Ela é o resultado de uma atividade jurisdicional em que não se aprofundou por completo no exame de argumentos e provas, sendo fruto daquilo que chamamos cognição sumária. Por que não se aprofundou totalmente? Porque esse aprofundamento demandaria mais tempo e julgou-se necessário (ou conveniente) outorgar tutela jurisdicional mais rápida. Estamos diante da chamada **tutela provisória**.[50] Paga-se um preço, entretanto, por essa maior rapidez. A tutela provisória não é apta a fazer coisa

julgada material, isto é, não se fala em imutabilidade dos efeitos dessa tutela.

A tutela provisória no NCPC apresenta a seguinte sistematização. Divide-se em tutela de urgência e tutela da evidência, sendo que ambas dependem de requerimento da parte. A **tutela de urgência**, como o próprio nome sugere, é motivada pela necessidade de uma medida rápida para evitar dano. A falta de uma providência jurisdicional poderá provocar um dano irreparável ou de difícil reparação. A tutela de urgência, por sua vez, pode ser cautelar ou antecipada. A tutela de urgência *cautelar* tem caráter conservativo ou acautelatório. Em outras palavras, para proteger do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação o juiz concede uma medida que preserva as condições para que um possível direito possa ser reconhecido ou satisfeito no futuro. Imagine-se um devedor que esteja dissipando os seus bens, de modo que o credor, quando puder tomar as medidas necessárias para a satisfação de seu direito, talvez não encontre bens e, portanto, seja frustrado na sua pretensão. Poder-se-á, nesse caso, pensar na concessão de uma tutela de urgência cautelar que irá apreender esses bens, impedindo a sua alienação. Já a tutela de urgência *antecipada* implica não uma mera conservação, mas uma satisfação (ainda que em caráter provisório). Imagine que alguém precise realizar uma operação urgente e o seu plano de saúde se negue a autorizá-la. A tutela antecipada, no caso, implicará a determinação de que o plano de saúde autorize, desde logo, a sua realização (sem prejuízo de o processo continuar para discussão aprofundada para se concluir, em definitivo, se o plano estava ou não com razão ao negar-se a custear a operação). Naturalmente, em todos esses casos a concessão da tutela provisória não depende apenas da demonstração da urgência, mas, também, da apresentação de elementos que façam o magistrado concluir pela probabilidade do direito (art. 300).

A **tutela da evidência**, por sua vez, não é motivada pela urgência na sua concessão. Não se vislumbra perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Ela é fundada, como o próprio nome sugere, na grande probabilidade de quem a pleiteia ter razão. Exemplifique-se com a hipótese prevista no inciso I do art. 311. O autor formulou o seu pedido e o réu contestou, mas o fez com argumentos tão fracos que, à simples leitura das peças já se pode imaginar, quase com certeza, que a razão está com o autor. A tutela da evidência, assim como a tutela de urgência, como são espécies de tutela provisória, não resolvem em definitivo a situação.

9.7. MECANISMOS NÃO ESTATAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Já se teve oportunidade de explicar anteriormente (Capítulo 2) que, em paralelo à jurisdição estatal, temos outras formas de solução dos conflitos. Tais formas de solução, inclusive, têm experimentado grande avanço nos últimos anos. Cabe, nesse momento, detalhar um pouco mais a regulamentação legislativa que norteia a atuação de tais mecanismos de solução.

Na realidade, hoje em dia se tem maior consciência da importância desses outros meios. É significativo observar que a própria sigla pela qual ficaram conhecidos tais meios de solução (ADR) passou a ser lida não mais no sentido original de "*alternative dispute resolution*", mas como "*adequate dispute resolution*". Em outras palavras, eles não devem ser vistos como simples alternativa, mas como outra forma de resolver conflitos, que, dependendo do caso, pode ser mais adequada do que a própria jurisdição estatal. É nesse sentido que a Resolução CNJ 125/2011, que consubstanciou essa nova forma de ver os mecanismos de solução, fala em "meios adequados". O Novo CPC, aliás, deixa muito claro, logo no início (art. 3º, § 3º), que os métodos de solução consensual devem sempre ser incentivados.

Com efeito, a jurisdição estatal fornece solução para os conflitos que nem sempre é a mais adequada, levando em conta aspectos como a morosidade, formalidade ou custo. Mais do que isso, a chamada "solução adjudicada", que é a imposta por sentença pelo juiz, nem sempre é a mais indicada para aquele determinado tipo de conflito, pois pode comprometer irremediavelmente a relação entre as partes. Detalharemos esse aspecto quando tratarmos da mediação.

Vamos, a partir dessa perspectiva, analisar cada um desses mecanismos.

9.7.1. Conciliação

Este mecanismo está relacionado à autocomposição, já estudada anteriormente. A conciliação nada mais é que um mecanismo de solução

através do qual um terceiro intervém no conflito buscando fazer com que as partes em litígio atinjam alguma das formas de autocomposição. Note-se que esse terceiro não soluciona o conflito, mas ajuda as partes a solucionarem o litígio pela vontade deles próprios. Ele pode sugerir soluções, mas cabe às partes, voluntariamente, aceitar ou não.

O papel de conciliador pode ser exercido pelo próprio juiz ou por outra pessoa. Antigamente, a conciliação era atividade regulada apenas no seu exercício endoprocessual, e a figura destacada para a sua realização era o juiz. Assim, por exemplo, desde o princípio do CPC de 1973 tínhamos a previsão de a audiência de instrução e julgamento começar pela *tentativa de conciliação* a ser realizada pelo juiz. Durante a vigência do CPC de 1973, porém, foram surgindo dispositivos que buscavam imprimir maior ênfase à conciliação, tanto na legislação extravagante quanto no próprio texto do Código, através das várias reformas. No primeiro caso cabe destacar a Lei das Pequenas Causas (Lei 7.244/1984), posteriormente substituída pela Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995). Ali se nota marcante preocupação em solucionar o litígio preferencialmente através de conciliação, que é realizada logo de início e por pessoa diversa que não o próprio juiz. No CPC de 1973, nas Reformas da década de 90 se inseriu uma audiência preliminar (art. 331), cujo objetivo principal era obter conciliação. Essa tentativa de conciliação era antecipada em relação ao momento da audiência de instrução e a ideia era a de que, quanto antes se tentasse conciliar, maior seria a chance de êxito.

Toda ênfase à conciliação é justificada, mas o resultado não será muito expressivo se não for realizada de modo adequado. Nesse sentido, cumpre fornecer estrutura adequada para realização da conciliação, com pessoas especialmente preparadas para essa tarefa, que deve ser realizada em local adequado,[51] Com relação a quem cabe o papel de conciliador, há tempos se reconhece que o ideal é que a conciliação seja realizada por outra pessoa que não o juiz. Com efeito, sem menosprezar o trabalho realizado por alguns juízes excepcionalmente vocacionados para a conciliação, não se pode ignorar que há vários fatores que tornam mais difícil o êxito da missão de conciliar quando exercida pelo magistrado. Em primeiro lugar, a própria autoridade representada pelo juiz é, muitas vezes, fator intimidante. Em conexão com esse aspecto, há que se considerar que o litigante muitas vezes receia que as posições por ele tomadas durante os trabalhos visando à autocomposição possam influenciar o convencimento do juiz. O próprio juiz muitas vezes não tem a formação específica para atuar como conciliador e

receia que sua gestão possa soar como pré-julgamento.

Todos esses aspectos foram levados em conta tanto na Resolução 125, acima mencionada, como no NCPC. A necessidade de se criar uma estrutura adequada, com profissionais especificamente preparados para tal tarefa, fica patenteada no dever de criação de centros próprios, conforme já destacado, além de ser estabelecida exigência de capacitação mínima para conciliadores e mediadores (art. 167).

Além disso, como parte do esforço em prol da solução consensual dos litígios, o legislador do NCPC antecipou a tentativa nesse sentido. Com efeito, o réu passará a ser citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Caso não se obtenha êxito na tentativa de autocomposição, o réu passará a ter o prazo de quinze dias para contestar (art. 335).

Além da conciliação, é mister também considerar outra figura, que é tratada em paralelo, a mediação. De fato, como se pode facilmente observar, os dispositivos do NCPC pertinentes ao tema acabam regulando, igualmente, a conciliação e a mediação. Vamos, portanto, verificar o que significa mediação e em que medida se aproxima ou diferencia da conciliação.

9.7.2. Mediação

Enquanto a conciliação, conforme tratado no subitem anterior, é figura conhecida de há muito, a mediação começou a ser objeto de estudo na doutrina nacional há bem menos tempo. Seu histórico legislativo também é bem mais recente. Considera-se um marco o Projeto de Lei de Mediação apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro em 1998, sucedido pelo Substitutivo proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Vários outros projetos foram apresentados, mas o que nos interessa particularmente foi o resultado em termos de direito positivo. Nesse sentido temos a destacar não apenas o NCPC, mas, também, a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que regula a mediação entre particulares e a autocomposição envolvendo a Fazenda.

Mas o que é a mediação? Ou, em outras palavras, em que difere da conciliação?

A mediação, da mesma forma que a conciliação, envolve um terceiro imparcial. Só que, ao contrário da conciliação, na mediação esse terceiro

(chamado mediador) não sugere soluções, não formula propostas, apenas procura reestabelecer o diálogo entre as partes. Reestabelecido o diálogo as partes podem, por si mesmas, encontrar a solução.

O NCPC bem distingue as figuras quando trata do conciliador e do mediador. Assim, com relação ao conciliador, estabelece que ele "[…] *atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem"* (art. 165, § 2º). Por outro lado, o mediador "[…] *atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos"* (art. 165, § 3º).

A mediação revela-se particularmente útil nos casos em que os litigantes já tinham uma relação entre si, a qual deverá permanecer. A diferença é facilmente perceptível através de exemplos. Imagine-se, primeiramente, o caso de uma colisão de veículos. Aquele que sofreu prejuízo em virtude de ato culposo do motorista do outro veiculo só quer ser ressarcido. Para o indivíduo prejudicado, basta que seja resolvido aquele problema pontual (seja através de decisão judicial, seja por meio de um acordo). Recebida a indenização, não há razão alguma para se manter relacionamento com o outro motorista. Figure-se, por outro lado, a situação de um casal que tem um filho e vem a se divorciar. Podem surgir várias divergências referentes a guarda, alimentos, exercício do poder familiar, mas o relacionamento entre aquelas pessoas deve continuar existindo, devendo ser mantido o diálogo para tornar viável essa coexistência. O legislador do NCPC tem consciência de que o meio mais adequado para a solução dos litígios depende do tipo de conflito (quem são os envolvidos, qual o relacionamento existente entre eles). É exatamente isso que se nota do disposto nos §§ 2º e 3º do art. 165, mencionados anteriormente.

A mediação apresenta várias características, tais como a consensualidade (as partes devem, de livre vontade, se submeter às sessões de mediação), a confidencialidade (o que as partes discutirem durantes as sessões não deve ser divulgado), a autonomia da vontade das partes (não só para se submeterem à mediação, mas para definirem as regras procedimentais

aplicáveis para essas sessões) e a informalidade (para facilitar o diálogo é conveniente que as partes não estejam presas a formalidades).[52]

O NCPC trata especificamente de mediação e conciliação em vários dispositivos, cuja análise detalhada não cabe nos limites desta obra.

9.7.3. Arbitragem

Com relação à arbitragem no Brasil, apesar de estar prevista há muito tempo, sua aplicabilidade era extremamente restrita. Isso era atribuído a dois fatores: (a) falta de uma cultura da arbitragem; (b) inadequação da disciplina legislativa.

A alteração da disciplina legislativa mudou este cenário. Com efeito, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, revogou os dispositivos que o CPC de 1973 continha a respeito do tema e deu nova regulamentação. A partir daquele momento começamos a notar um extraordinário desenvolvimento da arbitragem no Brasil, que, hoje em dia, possui grande relevância entre os meios de solução. A Lei 9.307/1996 foi alterada pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, mas as modificações implementadas se limitaram a aspectos pontuais.

Vamos, a partir do disposto na lei, examinar a estrutura geral da arbitragem. Começamos por apontar que ela está limitada a direitos patrimoniais disponíveis, como expressa o art. 1º da Lei de Arbitragem. Desse modo, não se pode, por exemplo, resolver por arbitragem uma questão envolvendo guarda de filho, divórcio, alimentos e outras desse mesmo gênero.

Outro ponto basilar em matéria de arbitragem é que nela impera a autonomia da vontade. Para começar, a própria opção pela via arbitral é fruto da vontade das partes, manifestada na convenção de arbitragem, analisada mais adiante. A vontade não se limita, entretanto, a este aspecto. Ela se revela, por exemplo, na possibilidade de escolha da lei aplicável e mesmo na faculdade que as partes têm de determinar que a arbitragem seja realizada com base no direito ou na equidade. Há ampla autonomia da vontade. Caso, porém, as partes não utilizem, de forma completa, sua faculdade de escolha dos elementos relativos à arbitragem, poderá haver necessidade da intervenção do Judiciário para suprir a lacuna. É como vemos em matéria de convenção de arbitragem.

O que vem a ser convenção de arbitragem? Trata-se, resumidamente, de acordo entre as partes para solução do litígio perante o árbitro, afastando, portanto o Juiz estatal. O art. 3º prevê duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é o acordo entre as partes estabelecendo que, na eventualidade de uma determinada relação contratual vir a gerar litígio, a sua solução deverá se dar pela via arbitral (art. 4º da Lei 9.307/1996). Trata-se de acordo prévio a um litígio e aplicável na hipótese de ele vir a ocorrer. Esse acordo normalmente consta do próprio instrumento contratual, mas nada impede que seja feito em apartado, desde que se faça expressa menção ao contrato a que ele se refere.

A simples existência dessa cláusula é suficiente para afastar o Poder Judiciário no que diz respeito à solução do litígio.[53] Como se nota do art. 337, X, c/c art. 485, VII, ambos do NCPC, basta a parte demandada apontar a existência de convenção de arbitragem para que o juiz, verificando a procedência da alegação, deixe de julgar o mérito da causa e extinga o processo. Aliás, esse é um dos pontos mais importantes da sistemática da arbitragem inaugurada em 1996. Anteriormente à Lei 9.307/1996, a cláusula prevendo a realização futura de arbitragem, na ocorrência de um conflito, não era por si suficiente para afastar o Judiciário. Se não fosse sucedida pelo compromisso arbitral, a demanda eventualmente proposta por uma das partes perante o Judiciário seria examinada normalmente. Essa era uma das causas da pouca aplicabilidade do instituto no sistema anterior a 1996.

A cláusula compromissória tem esse poder de afastar o Judiciário da solução do litígio mesmo que não contenha detalhes para a instituição da arbitragem. Entretanto, na ausência dos elementos necessários para se instituir a arbitragem a sua eficácia dependerá de um compromisso arbitral realizado a partir da existência de um conflito em concreto. É nesse ponto que se insere a distinção entre **cláusula compromissória cheia** e **cláusula compromissória vazia**.

A cláusula compromissória cheia é aquela que traz no seu bojo todas as condições necessárias para a instituição da arbitragem, seja por mencioná-las expressamente, seja por fazer remissão às regras de alguma instituição arbitral especializada. A vazia, ao revés, vai depender de complementação. Assim, por exemplo, se as partes estipularem no contrato pura e simplesmente que em caso de litígio a sua solução se dará através de

arbitragem nós teremos uma cláusula vazia, enquanto que se a cláusula indicar, por exemplo, que a arbitragem será realizada em São Paulo, de acordo com as regras do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá teremos uma cláusula cheia.

A cláusula cheia é muito mais prática, pois a arbitragem pode ser instituída desde logo, isto é, assim que surgido o conflito. Se a cláusula for vazia haverá a necessidade de as partes primeiro concordarem com as regras para o desenvolvimento da arbitragem, que ficarão consubstanciadas no compromisso arbitral.

É por isso que a lei (art. 6. da Lei 9.307/1996) prevê que, nesse caso, o interessado na instituição da arbitragem notifique a outra parte para comparecer e celebrar o compromisso. Mas e se a parte não comparece ou, mesmo comparecendo, não se chega a um acordo? Nessa hipótese haverá necessidade de se recorrer ao Judiciário, mas não para que este resolva o conflito, e sim estabeleça as regras do compromisso. O art. 7º da lei prevê uma ação para esse efeito. Proposta esta ação, o juiz, em primeiro lugar, tentará conciliar as partes sobre o litígio. Se não tiver êxito, tentará fazer com que as partes cheguem a um acordo sobre as regras da arbitragem. Se essa tentativa também não tiver êxito ele estabelecerá, por si, as regras da arbitragem, observando, naturalmente, o que porventura já tenha sido estipulado na cláusula compromissória.

O compromisso arbitral, por sua vez, é a convenção de arbitragem feita após a ocorrência de um litígio em concreto (art. 9º da Lei 9.307/1996). As partes decidem submeter aquela determinada controvérsia ao árbitro. Como se pode imaginar, o compromisso arbitral pode existir isoladamente ou surgir como consequência de uma estipulação prévia (cláusula compromissória). O compromisso arbitral tem um conteúdo mínimo, que está especificado no art. 10 da Lei 9.307/1996: nome e qualificação das partes, nome e qualificação do(s) árbitro(s) ou indicação da entidade à qual as partes delegaram a indicação, matéria que será objeto da arbitragem e lugar em que a sentença arbitral será prolatada.[54]

O mesmo Diploma legal estipula as condições em que o compromisso arbitral se extingue (art. 12), como o falecimento do(s) árbitro(s) no caso de as partes expressamente não aceitarem substituto, ou escusa do(s) árbitro(s) nas mesmas condições etc.

Como se percebe, a arbitragem tem como ponto de partida a autonomia

da vontade das partes, motivo pelo qual podemos dizer que o primeiro grande pilar desse instituto é a convenção de arbitragem. O outro ponto de sustentação é o árbitro. A primeira pergunta a ser feita nesse campo é justamente: quem pode ser árbitro?

A resposta está no art. 13, que faculta a qualquer pessoa capaz que seja da confiança das partes. É certo que, na maioria dos casos, as partes escolhem alguém que tenha vivência na área, que possua específica preparação para a função, ou que integre alguma Câmara de Arbitragem, mas nada disso é requisito.

A figura do árbitro não se confunde com a do juiz, mas é a ele equiparada sob vários aspectos. Assim é que os árbitros estão sujeitos às mesmas causas de impedimento e suspeição aplicáveis aos magistrados,[55] além de incorrerem em responsabilidade penal como se fossem funcionários públicos, durante o exercício de suas funções (art. 17). Ademais, o árbitro, nas palavras do art. 18, "é juiz de fato e de direito", não cabendo recurso de sua decisão e nem homologação pelo Poder Judiciário. Como se percebe, o princípio do duplo grau de jurisdição não é aplicável em matéria de arbitragem (como também se deduz do art. 29).

O procedimento arbitral considera-se instituído quando aceita a nomeação pelo(s) árbitro(s) (art. 19). Antes de debater o litígio, serão resolvidas, caso alguma das partes tenha levantado, as questões relativas a impedimento, suspeição, competência dos árbitros ou invalidade da convenção de arbitragem (art. 20). Mesmo que essas questões sejam superadas, com o prosseguimento da arbitragem, elas poderão vir a ser objeto de exame pelo Poder Judiciário através da ação de nulidade do art. 33.

O procedimento arbitral será regido pelas regras definidas pelas próprias partes, ou pela entidade arbitral por elas escolhida, mas sempre deverão ser respeitados os princípios do contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade e livre convencimento (art. 21). Durante o procedimento o árbitro terá normais poderes instrutórios, podendo tomar depoimento das partes, das testemunhas e determinar produção de provas de ofício ou a requerimento (art. 22). Sempre que precisar, porém, de medida de força (*v.g.*, condução coercitiva de testemunha), deverá requerer o auxílio da autoridade judiciária.[56]

A arbitragem finda com o proferimento da sentença arbitral (art. 29), que conterá os requisitos normais de uma sentença judicial (relatório,

fundamentação e dispositivo), além da data e lugar onde foi proferida (art. 26). O árbitro deve comunicar as partes da decisão proferida, sendo que no caso de esta conter alguma obscuridade, contradição, omissão ou erro material poderá ser requerido, no prazo de cinco dias, que se retifique o vício (art. 30). A sentença arbitral tem a mesma eficácia que uma sentença judicial, valendo inclusive como título executivo, caso seja condenatória (art. 31). Entretanto, caso precise ser executada coercitivamente tal deverá se dar perante o Poder Judiciário.

A Lei 9.307/1996 prevê os casos em que a sentença arbitral deverá ser reputada nula.[57] Referida nulidade poderá ser reconhecida em ação judicial a ser proposta no prazo decadencial de 90 dias, podendo, ainda, ser alegada em impugnação ao cumprimento de sentença (art. 33). Dependendo do vício que inquina a sentença arbitral, será determinado que o árbitro o corrija; conforme o caso, a sentença judicial se limitará a decretar a nulidade. Se, por exemplo, o árbitro deixou de observar os requisitos da sentença arbitral expressos no art. 26 da lei (art. 32, III), caberá a ele completar o que falta. Todavia, se o vício existente é a nulidade da convenção de arbitragem (art. 32, I), a própria arbitragem fica prejudicada e não se pode remeter de volta ao árbitro.

[1]"Pode definir-se jurisdição como a *função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade do de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva"* (*Instituições de direito processual civil*, trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1943, v. II, p. 11).

[2]*Estudios de derecho procesal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Europa-America, 1952, p. 205.

[3]Enrico Allorio, Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile*, 1948, apud Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, v. 1, p. 21.

[4]Aqui podemos incluir o pensamento daqueles que indicam a imparcialidade como elemento distintivo da jurisdição. Com efeito, embora não sejam sinônimas, a substitutividade e a imparcialidade

apresentam forte ligação, como abordaremos adiante.

[5]*Manual de direito processual civil*, 3. ed., tradução da 4. edição italiana por Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 23.

[6]Chiovenda parte da teoria dualista (juiz apenas atua a lei, sem criar direitos subjetivos) e Carnelutti, da unitária (defendendo que o juiz, na sua atuação, cria direitos subjetivos). Esse aspecto é bem destacado por Alexandre Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 79 e 80), motivo pelo qual o autor, ao contrário do que defendemos, entende inconciliáveis as definições de Chiovenda e Carnelutti.

[7]Ressalte-se que essa definição de Dinamarco refere-se especificamente à jurisdição estatal, porque, para ele, a jurisdição também pode ser exercida pelos árbitros. A esse respeito, remetemos às considerações feitas no item 9.2, infra.

[8]*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 8. ed., 2016, v. I, p. 453. Em sentido semelhante, veja-se Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, p. 67.

[9]Idem, p. 305 e seguintes. Para uma abordagem mais aprofundada dos escopos do processo, veja-se *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: RT, 1986.

[10]*Curso de processo civil*, p. 17-28. Igualmente em sua *Teoria geral do processo civil* (coautoria de Fábio Gomes), 2. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 62-74. Observe que Ovídio, citando opinião de Calmon de Passos, entende possível compreender-se a *substitutividade* no sentido de *imparcialidade*.

[11]*Teoria geral do processo*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 69-70.

[12]Não se ignora que a jurisdição, tal como é concebida atualmente (o que, aliás, se reflete no próprio CPC de 2015), é participativa, e, como tal, a atuação dos sujeitos parciais é essencial na formação da convicção judicial. Entretanto, a solução final é dada pelo Judiciário, no exercício do poder jurisdicional.

[13]*Teoria geral do processo*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

[14]*Teoria geral do processo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 93-144.

[15]*Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 82.
[16]Ver, por todos, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 45.
[17]Veja-se, por exemplo, o art. 337, § 6º, que alude à "jurisdição estatal", o que reflete o pensamento de que existe uma **jurisdição** não estatal, que seria precisamente o caso da arbitragem.
[18]A respeito desses elementos como atributos da jurisdição, ver Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 264.
[19]Instituições de direito processual civil, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 70.
[20]Manual de direito processual civil, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.
[21]Curso de direito processual civil, São Paulo: Atlas, 2005, v. I, p. 67.
[22]Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 305.
[23]*Instituições de direito processual civil*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 488.
[24]Milton Paulo de Carvalho et al., *Teoria geral do processo civil*, São Paulo: Elsevier, 2010, p. 110.
[25]Teoria geral do novo processo civil, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 80.
[26]Nas palavras de Milton Paulo de Carvalho: "Achamos conveniente distinguir princípios relativos à jurisdição de caracteres ou características da jurisdição, uma vez que os primeiros são elementares do instituto, dão-lhe feição distinta, orientam a interpretação e a aplicação das regras que o disciplinam, enquanto os segundos dizem respeito à maneira como a jurisdição é exercida, respeitando aos aspectos formais do instituto" (Milton Paulo de Carvalho et al., *Teoria geral do processo civil*, São Paulo: Elsevier, 2010, p. 119).
[27]A esse respeito reportamo-nos ao exposto no Capítulo 2 deste livro.
[28]É por isso que veremos doutrinadores como Osvaldo A. Gozaìni

afirmando ser a coisa julgada o principal elemento distintivo entre as atividades de jurisdição e administração (*Elementos de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 99-102).

[29]Podemos dizer que aqui há uma diferença de ponto de vista. Encarando pelo ponto de vista do autor falamos em princípio da demanda. Sob o ponto de vista do órgão jurisdicional temos o princípio da inércia.

[30]A esse respeito veja-se lição de José Manoel de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 9. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 436.

[31]Destaque-se, porém, que entre eles se encontra o Conselho Nacional de Justiça, que, embora componha o Poder Judiciário, não exerce funções jurisdicionais.

[32]Sobre o princípio do juiz natural, reportamo-nos às considerações feitas no Capítulo 6 desta obra.

[33]Sobre esse e outros mecanismos de cooperação internacional remetemos o leitor ao Capítulo 10 desta obra.

[34]*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 306, n. 117.

[35]STF – AgReg na HSE, nº 5206-7, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, que discutiu a constitucionalidade da lei da arbitragem.

[36]A esse respeito veja-se Ailton Cocurutto, *Fundamentos de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68-69.

[37]Sobre duplo grau, veja-se Capítulo 6 desta obra.

[38]Fernando Antônio Negreiros Lima, *Teoria geral do processo judicial*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 287. Em sentido contrário, porém, veja-se Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 322.

[39]Flávio Luiz Yarshell, Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC, *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 126, p. 89-94, maio 2015, especificamente p. 94.

[40]*Lezioni di diritto processuale civile*, 2. ed., Napoli: Jovene, 1996, p. 749.

[41]*Jurisdição voluntária moderna*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.

[42]Essa questão, porém, não é pacífica. A respeito do tema,

entendendo que há coisa julgada na jurisdição voluntária, leia-se, com proveito, o livro *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade* (Luiz Dellore, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 100-109) no qual o autor ponderava, entre outras coisas, que o art. 1.111 do CPC de 1973, ao condicionar a mudança do decidido no processo de jurisdição voluntária a *circunstâncias supervenientes*, reforçava a ideia de que havia coisa julgada. Destaque-se, porém, que o CPC de 2015 não apresenta regra similar. Para a análise dos argumentos contrários à tese da coisa julgada em sede de jurisdição voluntária, ver Humberto Theodoro Junior, Jurisdição Voluntária, artigo inserto na *RePro* 198.

[43]Humberto Theodoro Junior, Ainda a polêmica sobre a distinção entre a "jurisdição contenciosa" e a "jurisdição voluntária": espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas?, *RePro*, n. 198, ago. 2011.

[44]*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 316.

[45]*Jurisdição voluntária moderna*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 20, que defende ser administrativa a jurisdição voluntária "quando exercida por órgãos da administração pública, sem as garantias de independência, impessoalidade e imparcialidade, e *jurisdicional*, quando exercida pelos juízes e por quaisquer órgãos judiciais ou extrajudiciais que as exerçam com as referidas garantias [...]".

[46]*Jurisdição voluntária moderna*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

[47]*Primeiras linhas de direito processual civil*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, p. 80. Essa classificação tem sua origem em Chiovenda, conforme se pode conferir em suas *Instituições de direito processual civil*, trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1943, v. II, p. 35-41.

[48]Para um exame específico do tema tutela jurisdicional, consulte-se o livro de Flávio Luiz Yarshell intitulado *Tutela jurisdicional* (São Paulo: Atlas, 1999).

[49]Tutela Jurisdicional, *RePro* 81/54-81, jan./mar. 1996.

[50]A palavra "provisória", em termos processuais, pode apresentar nuances conceituais, cuja abordagem seria inoportuna considerando os propósitos da obra. Basta dizer que estamos, para efeito didático, empregando a palavra no sentido utilizado pelo NCPC nos arts. 294

a 311.

[51]O NCPC deixa expresso o dever dos Tribunais de criarem Centros Judiciários de Solução Consensual dos Conflitos, que ficarão encarregados de operacionalizar as sessões de conciliação e mediação (art. 165, *caput*).

[52]O NCPC atribui tanto à conciliação quanto à mediação a submissão aos princípios da "*independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*" (art. 166).

[53]Isso não quer dizer, porém, que o Judiciário não terá participação alguma. Ele poderá atuar para implementar medidas urgentes, para efetivar a decisão arbitral (cumprimento de sentença) ou até mesmo verificar se a decisão não incide em alguma causa de nulidade prevista no art. 32 da Lei 9.307/1996.

[54]O art. 11 da mesma lei indica outros elementos que, a critério das partes, o compromisso poderá conter.

[55]A Lei 9.307/1996 estabelece tal regra no seu art. 14. As causas de impedimento e suspeição estão elencadas no NCPC, nos arts. 144 e 145.

[56]Aliás, isso ocorre em geral no que diz respeito à efetivação coercitiva das decisões do árbitro. Não só com relação à sentença arbitral, mas, por exemplo, na implementação de medida de urgência por ele determinada. Para essas comunicações entre árbitro e juízo o NCPC prevê o uso da carta arbitral (art. 237, IV). A carta arbitral também é regulada na Lei de Arbitragem, art. 22-C, introduzido pela Lei 13.129/2015.

[57]Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I – for nula a convenção de arbitragem; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. (já com as alterações da Lei 13.129/2015).

10

DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

O NCPC, na sua Parte Geral, em seu Título II do Livro II, trata dos "Limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional".

10.1. LIMITES DA JURISDIÇÃO

Nem sempre há coincidência entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional do Estado.[1] Apesar de o escopo da jurisdição ser a atuação do direito, nem todos os casos de norma descumprida ensejam a possibilidade de acesso aos tribunais e à prestação da tutela jurisdicional. Há limites internos de cada Estado para atuação da jurisdição e também limites internacionais. Os arts. 21 a 25 do NCPC tratam desses limites.

O art. 21 do NCPC indica as hipóteses em que o Poder Judiciário brasileiro tem *jurisdição* para o processo. São elas: (I) quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, esteja domiciliado no Brasil; (II) quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; (III) quando o fundamento seja fato ocorrido ou praticado no Brasil.

Vale observar que nas três situações acima descritas o NCPC não nega a existência de processos em curso perante juízos estrangeiros envolvendo as mesmas partes, pedido e causa de pedir. Porém, para que se alegue litispendência ou até coisa julgada em um processo brasileiro, deve haver a

homologação da decisão estrangeira na forma dos arts. 960 a 965 perante o Superior Tribunal de Justiça para que ela surta efeitos em território nacional nos termos do art. 24 do NCPC.

As disposições do art. 21 do NCPC são complementadas pelo disposto em seu art. 22 sobre a competência da autoridade judiciária brasileira. Assim, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações de alimentos, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil ou o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Da mesma forma, também compete à autoridade brasileira julgar os processos decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil e ainda os processos em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Há hipóteses em que a competência é *exclusiva* do Poder Judiciário brasileiro, ou seja, em que não se admite que outro órgão jurisdicional que não o brasileiro julgue uma determinada demanda. Tais hipóteses são disciplinadas pelo art. 23 do NCPC, que dispõe o seguinte: "compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional".

Em outras palavras, se o Poder Judiciário de outro país julgar um dos processos acima mencionados, tal decisão não será reconhecida pelo Poder Judiciário brasileiro, em razão da competência exclusiva mencionada no art. 23 do NCPC.

A "litispendência internacional" é tratada pelo art. 24 do NCPC. Ele cuida da disciplina a ser dada para a concomitância de processos perante o Poder Judiciário brasileiro e o estrangeiro. De acordo com tal dispositivo, não há vedação para que a autoridade judiciária brasileira processe e julgue uma demanda, apesar da identidade com um processo no exterior. A única exceção é a existência de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil que disponham de forma diferente.

Portanto, é permitida a homologação de sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, ainda que tramite um processo idêntico perante o Poder Judiciário brasileiro (parágrafo único do art. 24 do NCPC), desde que se trate de uma das hipóteses dos arts. 21 e 22 do NCPC. Por outro lado, se for hipótese tratada pelo art. 23 do NCPC, não há que se falar em homologação de sentença estrangeira, por se tratar de caso de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

É possível fazer a eleição de foro optando-se pela submissão ao Poder Judiciário brasileiro nos termos do art. 22, III, do NCPC. Do mesmo modo, é possível excluir a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, desde que não se trate de quaisquer das hipóteses do art. 23 do NCPC, mediante a celebração de contrato internacional no qual for inserida cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, nos termos do art. 25, *caput*, do NCPC.

10.2. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, "por *cooperação internacional*, deve ser entendido o conjunto de técnicas que permitem a dois Estados colaborar entre si em prol do cumprimento fora de seus territórios com medidas jurisdicionais requeridas por um deles".[2]

A cooperação internacional será regida pelo tratado de que o Brasil faça parte e observará o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se a assistência judiciária aos necessitados; a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; a existência de autoridade central para a recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; a espontaneidade na transmissão e informações a autoridades estrangeiras (art. 26 do NCPC, incisos I a V).

Não havendo tratado, a cooperação se dará com base em reciprocidade manifestada pela via diplomática (art. 26, § 1º, do NCPC), salvo no caso de homologação de sentença estrangeira, em que não se exigirá a reciprocidade (§ 2º do art. 26 do NCPC). Entretanto, nenhum ato praticado no âmbito da cooperação internacional pode contrariar ou produzir resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro

(art. 26, § 3º, do NCPC).

O Ministério da Justiça deve exercer as funções de autoridade central (a que se refere o inciso IV do art. 26 do NCPC), na ausência de designação específica, conforme se extrai do § 4º do art. 26.

De acordo com o art. 27 do NCPC, os possíveis objetos de cooperação jurídica internacional podem ser: I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II – colheita de prova e obtenção de informações; III – homologação e cumprimento de decisão; IV – concessão de medida judicial de urgência; V – assistência jurídica internacional; VI – qualquer medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

No âmbito cível, a cooperação internacional pode ocorrer de diversas formas, dentre elas o auxílio direto (arts. 28 a 35 do NCPC), as cartas rogatórias (art. 36) e a homologação de sentenças estrangeiras (arts. 960 a 965).

10.2.1. Auxílio direto

O auxílio direto é uma técnica de cooperação internacional "que torna dispensável a expedição de carta rogatória para viabilizar não só a comunicação mas também a tomada de providência por outros Estados".[3]

Nesse sentido, o art. 28 do NCPC estabelece que "cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil".

Nessa forma de cooperação são evitados procedimentos intermediários, tais como a carta rogatória e a ação de homologação de sentença estrangeira, e o pedido de cooperação é encaminhado diretamente à autoridade nacional encarregada de recebê-lo e tomar as providências cabíveis.

Cumpre observar que esse "juízo de delibação" que é dispensado na hipótese de auxílio direto é próprio das cartas rogatórias e das ações de homologação. Como bem esclarece André Vasconcelos Roque, "admite-se sua utilização sempre que o ato a se praticar no Brasil não exigir, de acordo com a lei nacional, intervenção de autoridade jurisdicional local (art. 32 e art. 961, § 1º), como ocorre no caso de simples obtenção de informação a respeito do ordenamento jurídico brasileiro, ou, ainda, sobre andamento de processos judiciais ou administrativos no país (art. 30, inciso I)".[4]

O auxílio direto pode ser *ativo* ou *passivo.* No primeiro caso, o Brasil é quem pretende a cooperação de outro país. No segundo, por sua vez, outro país é que pretende a cooperação do Brasil.

A solicitação de auxílio direto ao Brasil deve ser dirigida a Autoridade Central, nos termos do art. 29 do NCPC, o que significa afirmar que ela não deve ser endereçada ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não se trata de "juízo de delibação". A Autoridade Central, portanto, é o "ente responsável por dar tramitação e cumprimento aos pedidos de cooperação internacional, ativos e passivos. É designada em cada tratado específico ou em acordo de cooperação internacional. Não havendo indicação, será o Ministério da Justiça (normalmente representado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional). As autoridades centrais não necessitam da via diplomática para a comunicação ou para a tramitação dos pedidos de auxílio".[5]

Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto pode ter como objeto a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos; colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira (NCPC, art. 30, incisos I a III).

De acordo com o art. 32 do NCPC, se o ato cuja prática foi solicitada ao Estado brasileiro não necessitar de prestação jurisdicional, a própria Autoridade Central se encarregará de realizá-lo. Por outro lado, se o pedido de auxílio direto passivo demandar prestação de atividade jurisdicional, Autoridade Central encaminhará o pedido à Advocacia-Geral da União, que requererá em juízo (federal) a medida solicitada (arts. 32 e 33 do NCPC).

10.2.2. Cartas rogatórias



A carta rogatória é técnica de cooperação internacional utilizada como meio de comunicação entre órgãos jurisdicionais de países estrangeiros, na hipótese de não haver previsão, em tratado ou acordo de cooperação, do emprego do auxílio direto ou quando expressamente indicado por ato internacional.

O art. 36 do NCPC destaca o caráter contencioso da carta rogatória, ao dispor que "o procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal". Entretanto, a defesa deve ser restrita à discussão quanto ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil. Em qualquer hipótese, é proibida a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira.

O Superior Tribunal de Justiça realizará o "juízo de delibação" do pedido de cooperação internacional mediante carta rogatória, o que significa afirmar que não haverá a análise do mérito do pedido propriamente dito, mas apenas das características formais do pedido e contanto que não violem a ordem pública (NCPC, art. 39). A carta rogatória deve ser objeto de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exequatur* na forma dos arts. 960 e seguintes do NCPC.

[1]Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Teoria geral do processo*, 30. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 167.

[2]Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 105.

[3]Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 106.

[4]André Vasconcelos Roque et al., *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015, São Paulo, Método, 2015, p. 152.

[5]Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 30.

11

ALGUMAS NOÇÕES QUANTO À ESTRUTURA JURISDICIONAL BRASILEIRA (MAGISTRATURA, MINISTÉRIO PÚBLICO, ADVOCACIA E DEFENSORIA PÚBLICA)

LUIZ DELLORE

11.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Como já se viu em capítulo anterior, ao Estado compete exercer o meio mais utilizado de pacificação dos conflitos, que é a jurisdição.

Para que a jurisdição possa ser exercida, é preciso que se crie todo um aparato, é necessário o estabelecimento de órgãos destinados a exercer em nome do Estado a função jurisdicional.

É disso que agora passaremos a tratar: das linhas mestras do aparelho criado pelo Estado para o exercício da jurisdição. Nesse sentido, é certo que as providências materiais de criação e estruturação desses órgãos vão seguir uma determinada disciplina jurídica, que pode ser denominada de organização judiciária.

A organização judiciária é uma disciplina jurídica que, encarada de determinado ângulo, refere-se ao direito constitucional e administrativo; afinal, cria e estrutura órgãos integrantes do Estado. Por outro lado, porém, é algo que serve ao Judiciário, pois afeta diretamente o exercício da jurisdição.[1]

Não é difícil perceber que, além de adequadas regras processuais, para o

Poder Judiciário funcionar bem, ele precisará de uma boa estrutura. Assim, a organização judiciária vai cuidar de estabelecer quais são os órgãos do Poder Judiciário, como se compõem, como se subdividem, qual é a forma de acesso a eles, como os membros integrantes do Judiciário progridem dentro da carreira etc.

Em nosso país, as linhas mestras a respeito da organização judiciária estão traçadas na Constituição Federal. Contudo, cada Estado pode ter suas regras próprias, em relação à Justiça Estadual. Neste contexto, é possível falar em estrutura jurisdicional brasileira.[2]

Contudo, como já exposto em capítulo anterior, considerando o princípio dispositivo, em regra a jurisdição é inerte, razão pela qual deve ser provocada. Neste contexto é que se inserem a Advocacia, a Defensoria Pública e o Ministério Público, responsáveis por provocar o Poder Judiciário para que exerça a jurisdição. Porém, como se verá abaixo, não se pode entender que as funções institucionais da Advocacia e do Ministério Público sejam as mesmas.

Portanto, não basta que exista o Poder Judiciário e seus órgãos para que haja a prestação jurisdicional. E este o foco deste capítulo, órgãos e pessoas necessárias à estrutura jurisdicional brasileira.

11.2. MAGISTRATURA



É certo que a estrutura jurisdicional pátria irá reproduzir, com órgãos jurisdicionais e Tribunais, a divisão da jurisdição operada pelas diversas regras de competência. Tanto é assim que há autores que, ao exporem o tema, o tratam em conjunto.[3]

E há autores, como nós, que optam por tratar a competência separadamente da organização judiciária e estrutura jurisdicional, considerando que as diversas regras de competência (saber onde a demanda será julgada) não se confundem com os diversos órgãos existentes para o exercício da atividade jurisdicional.[4]

Vale destacar que, em relação ao objeto, é possível que cada ramo do Judiciário trate tanto de matéria cível como criminal. Isso se verifica de maneira aguda em relação às Justiças Federal, Estadual e Eleitoral. Mas, ainda que em menor grau, também é possível verificar o exercício da jurisdição penal na Justiça do Trabalho.[5]

Por sua vez, a Justiça Militar da União apenas trata de matéria penal, especificamente crimes militares de membros das Forças Armadas.[6]

Conforme a natureza da pretensão resistida (lide) debatida em juízo, cada um dos ramos do Judiciário acima exposto é que será o competente para julgamento da causa, a partir de regras previstas na Constituição Federal.

Há uma estrutura diferenciada em cada uma das Justiças, com distinções em relação aos horários de funcionamento, *dias sem expediente forense*, necessidade de recolhimento e valores de *custas*, além da existência de *regimentos internos* dos diversos Tribunais, entre outros aspectos. Um ponto comum é que o acesso à magistratura, em 1º grau, somente se dá via concurso público.

A questão relativa ao acesso à carreira de magistrado é sempre objeto de debates. Existem diversas formas para a escolha dos juízes,[7] como (i) eleição pelo voto popular, (ii) nomeação pelo Executivo – seja livre, seja mediante lista elaborada por outros Poderes ou mediante aprovação de outro Poder, (iii) nomeação pelo próprio Judiciário, (iv) escolha por um órgão especializado, composto por membros de diversos poderes ou (v) concurso. No Brasil, como já dito, a regra é o acesso à magistratura de 1º grau via concurso público. Mas a composição dos Tribunais é distinta, como adiante se verá.

Para garantir os princípios do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e do juiz natural,[8] já se tem definido qual é o órgão recursal, hierarquicamente superior, em cada um dos ramos do Judiciário. É o que se vê no seguinte quadro:

1º grau	Tribunal	Tribunal Superior

Justiça Estadual (juízes de direito)	Tribunal de Justiça (TJ)	Superior Tribunal de Justiça (STJ)[9]
Justiça Federal (juízes federais)	Tribunal Regional Federal (TRF)	Superior Tribunal de Justiça (STJ)
Justiça do Trabalho (juízes do trabalho)	Tribunal Regional do Trabalho (TRT)	Tribunal Superior do Trabalho (TST)[10]
Justiça Eleitoral (juízes estaduais acumulam as varas eleitorais)	Tribunal Regional Eleitoral (TRE)	Tribunal Superior Eleitoral (TSE)[11]
Justiça Militar da União (juízes-auditores e Conselhos de Justiça)	---	Superior Tribunal Militar (STM)[12] (cf. competência na Lei 8.457/1992)

A Justiça Militar da União[13] é exclusivamente destinada à análise dos crimes militares cometidos pelos membros do Exército, Marinha e Aeronáutica. Não dispõe de um órgão intermediário recursal, sendo que o duplo grau é exercido diretamente em Brasília, pelo STM.

Por seu turno, a Justiça Militar Estadual não existe em todos os Estados. Pode ser criada nos Estados da Federação que possuam um efetivo superior a 20 mil militares. A competência é para o julgamento de crimes militares cometidos pelos militares estaduais, ou seja, por membros das polícias militares (incluindo bombeiros militares). Mas, além disso, é possível que haja competência cível, em questões disciplinares e de promoção de seus membros (CF, art. 125, §§ 4º e 5º[14]). Ou seja, há jurisdição civil na Justiça Militar Estadual, no tocante a aspecto administrativo disciplinar de atos dos policiais militares, e não apenas o aspecto criminal.

Atualmente, apenas existe Tribunal de Justiça Militar em Minas Gerais,[15] Rio Grande do Sul[16] e São Paulo.[17] Onde não existir Justiça Militar estadual, haverá o julgamento dessas causas pela própria Justiça Estadual.[18]

Exatamente por ser vinculada ao Estado e não à União, a Constituição insere a Justiça Militar Estadual na Seção que trata da Justiça Estadual (art.

125, § 3º[19-20]) e não na Seção que prevê a Justiça Militar da União (arts. 122 a 124). Logo, não se trata de ramo da Justiça Especializada (como a Justiça Militar da União), mas sim de uma divisão da Justiça Comum Estadual. Tanto é assim que recursos de decisões da Justiça Militar Estadual em 2º grau são julgados pelo STJ e não pelo STM.

Um aspecto que merece destaque na Justiça Militar Estadual e da União é sua composição: além de juízes togados (ou seja, juízes concursados), há também a participação de juízes militares (membros das corporações que são indicados para, por determinado período, compor o Tribunal).

Para deixar clara a estrutura jurisdicional, especialmente no âmbito dos Tribunais intermediários, analisemos especificamente um Estado da Federação, no caso, São Paulo:

1º grau	**Tribunal (em SP)**	**Tribunal Superior**
Justiça Estadual	TJ/SP[21]	STJ
Justiça Militar do Estado de São Paulo (4 Auditorias Militares)	TJM/SP[22]	STJ
Justiça Federal	TRF 3ª Região[23]	STJ
Justiça do Trabalho	TRT 2ª Região, em São Paulo[24] TRT 15ª Região, em Campinas[25]	TST
Justiça Eleitoral	TRE/SP[26]	TSE
Justiça Militar da União em São Paulo (2ª Circunscrição Judiciária Militar)[27]	---	STM

Ainda, além de todos os Tribunais de 2º grau e dos Tribunais Superiores, como guardião da Constituição e acima de todos esses órgãos, há o Supremo Tribunal Federal (STF).[28]

Na sequência serão analisadas as principais características de cada um

desses órgãos jurisdicionais – com exceção da Justiça Militar, cujos principais caracteres mais relevantes já foram acima apontados.

11.2.1. Justiça Comum Estadual

Trata-se da Justiça mais capilarizada e interiorizada, com a maior penetração no território nacional. Julga as causas que, por exclusão, não forem das demais Justiças. Mas, ainda que tenha a competência residual, é a que tem o maior número de processos, fóruns, juízes e servidores. Por exemplo, toda causa de direito de família é julgada na Justiça Estadual.

Cada Estado tem seu Tribunal de Justiça,[29] sediado na capital do Estado.

Em Brasília, há o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Atualmente, no tocante à divisão político-administrativa brasileira, há apenas Estados e não existe nenhum Território Federal. Contudo, se vier a ser criado algum Território,[30] o recurso das causas que ali tramitarem será julgado pelo TJDFT.

Conforme a população e o número de causas, a composição dos Tribunais de Justiça é distinta. E há muita variação entre os Tribunais.[31]

Cada Tribunal tem suas regras internas, o denominado Regimento Interno (RI). Portanto, há o RITJRJ, RITJPE, RITJPR e assim sucessivamente. E vale destacar que todos os Tribunais de todos os ramos do Judiciário têm seus respectivos Regimentos Internos (portanto, a existência do RI é comum a todos os Tribunais brasileiros).

Quanto à composição, o TJ é formado por juízes de carreira, magistrados de 1º grau que, mediante promoção, são alçados a desembargadores. Mas, além disso, um quinto das vagas é destinado, alternadamente, a membros do Ministério Público e da Advocacia. É o denominado “quinto constitucional” (CF, art. 94), que tem por finalidade arejar o julgamento no âmbito dos Tribunais, trazendo para o julgamento também a experiência de membros de outras carreiras que não apenas da magistratura.[32]

11.2.2. Justiça Comum Federal

É dotada de um número de fóruns muito inferior ao da Justiça Estadual,

estando presente apenas nas capitais e principais cidades dos Estados. Por força dessa dificuldade ao jurisdicionado, a Constituição permite que algumas causas federais sejam excepcionalmente processadas em 1º grau pela Justiça Estadual, mas sempre com recurso julgado pelo TRF.[33]

A Justiça Federal é competente para julgar causas em que entes federais participem do processo, qualquer que seja o polo. Portanto, nos termos do art. 109, I da Constituição, a presença da União, autarquias federais[34] e empresas públicas federais[35] atrai a competência da Justiça Federal para julgamento da causa.

Na seara federal não há um Tribunal para cada Estado, mas cinco Tribunais Regionais Federais.[36] A Emenda Constitucional 73, de junho de 2013 (EC 73/2013), criou mais quatro Tribunais;[37] contudo, tais Tribunais não foram instalados por força de liminar suspendendo a EC 73/2013, proferida em ação direta de inconstitucionalidade.[38]

O TRF da 1ª Região,[39] com sede em Brasília, tem competência para as causas que tramitam nos Estados da Bahia, Maranhão, Piauí, Mato Grosso, Goiás, Distrito Federal, Minas Gerais e todos os Estados da Região Norte – ou seja, é um Tribunal que engloba mais da metade do território do país. O TRF da 2ª Região,[40] com sede no Rio de Janeiro, tem competência para os Estados de Rio de Janeiro e Espírito Santo. O TRF da 3ª Região,[41] com sede em São Paulo, tem competência para os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. O TRF da 4ª Região,[42] com sede em Porto Alegre, tem competência para os Estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. E, por fim, o TRF da 5ª Região,[43] com sede em Recife, tem competência para os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Quanto à composição, verifica-se no TRF a mesma lógica do TJ: 80% de juízes de carreira, 10% de advogados e 10% de membros do MP (ou seja, há o “quinto constitucional” no TRF, tal qual se verifica no TJ). Mas, a partir do momento da nomeação, todos são desembargadores federais,[44] independentemente da origem.

11.2.3. Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública (justiça comum)

A Constituição Federal, no seu art. 98, prevê, ainda, a existência de Juizados Especiais para causas cíveis de menor complexidade.[45]

A Lei 9.099/1995 criou os Juizados Especiais Cíveis (JEC), no bojo da Justiça Estadual, cuja competência é relativa. Ou seja, a parte autora pode optar pelo ajuizamento da demanda no JEC ou perante a Vara Cível da Justiça Estadual, se a causa tiver o valor de até 40 salários mínimos.[46]

Por sua vez, no âmbito da Justiça Federal, a Lei 10.259/2001 criou os Juizados Especiais Federais (JEF), cuja competência é absoluta para as demandas cujo valor da causa não ultrapasse 60 salários mínimos. Logo, não há opção pela utilização da Vara Federal.

Com base na experiência do JEF, foram criados, no âmbito estadual, os Juizados Especiais da Fazenda Pública (JEFP – Lei 12.153/2009), cuja competência é absoluta para as causas cujo valor não ultrapasse 60 salários mínimos. Logo, diferentemente do JEC, não há opção no uso da Vara Cível Estadual ou JEFP.

É de esclarecer que os Juizados não contam, em sua estrutura, com Tribunais. O duplo grau de jurisdição é realizado pelos Colégios Recursais (compostos por três juízes que atuam na primeira instância[47]). Este órgão colegiado irá apreciar e julgar os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelo juiz de primeiro grau dos Juizados.

A finalidade dos Juizados é proporcionar o acesso à justiça de forma mais simples, informal e célere para lides de valores econômicos reduzidos.[48]

Os Juizados importam tanto em uma modificação de procedimento (mais simples que o padrão utilizado, que é o procedimento comum, regulamentado pelo CPC), como em uma estrutura paralela à usual apresentação do Judiciário, distinta principalmente em relação ao aspecto recursal.

Assim, a estrutura do JEC é a seguinte:[49]

1º grau	**2º grau**	**Tribunal Superior**	**Defesa Constituição**
Vara do JEC	Colégio Recursal	--	STF

Por sua vez, a estrutura jurisdicional do JEF apresenta alguma distinção:

1º grau	2º grau	Tribunal Superior	Defesa Constituição
Vara do JEF	Colégio Recursal	STJ, somente via uniformização de jurisprudência (Lei 10.259/2001, art. 14)	STF

Por fim, quanto ao JEFP, tem-se o seguinte

1º grau	2º grau	Tribunal Superior	Defesa Constituição
Vara do JEFP	Colégio Recursal	STJ, somente via uniformização de jurisprudência (Lei 12.153/2009, arts. 18 e 19)	STF

11.2.4. Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho é competente para julgar litígios envolvendo a relação de trabalho e emprego.[50] A Justiça do Trabalho não é tão interiorizada como a Justiça Estadual, mas sua presença é maior do que a da Justiça Federal.

Os recursos das Varas do Trabalho são julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e, em grau superior, pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A maioria dos Estados da Federação tem seu respectivo TRT,[51] e apenas São Paulo tem dois Tribunais,[52] considerando a grande quantidade de empregados e litígios trabalhistas no Estado. Quanto à composição, o TRT é formado por magistrados de carreira e, também, pelo “quinto constitucional”, com advogados e membros do Ministério Público do Trabalho.[53]

O TST é composto de 27 Ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. Há magistrados de carreira, indicados pelo próprio TST e também o “quinto constitucional”, com advogados e membros do Ministério Público do Trabalho.[54]

11.2.5. Justiça Eleitoral

Do que foi exposto acima, percebe-se que cada um dos ramos do Judiciário é dotado de carreira e estrutura física próprias. A exceção é a Justiça Eleitoral, a qual não é dotada de uma carreira específica, de juiz eleitoral.

Os magistrados que exercem a jurisdição eleitoral são, originariamente, da Justiça Estadual ou Federal. A competência deste ramo da jurisdição é gerir todo o processo eleitoral (desde a filiação partidária e registro da candidatura, até eventual cassação de mandato), além de apurar a ocorrência de crimes eleitorais.

No 1º grau, a Justiça Eleitoral é exercida por juízes de direito – que acumulam a função da magistratura eleitoral com a magistratura estadual. Em regra, a Justiça Eleitoral é fisicamente localizada na própria sede da Justiça Estadual. Há a utilização da Justiça Estadual exatamente por esta se tratar da Justiça com a maior presença no interior do país.

Por sua vez, no 2º grau, em cada Estado há o Tribunal Regional Eleitoral (TRE), que é composto por magistrados estaduais, federais e advogados.[55]

Já o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é composto por três Ministros do STF, dois Ministros do STJ e dois advogados.[56]

11.2.6. STF e STJ

Além dos órgãos e Tribunais acima expostos, a estrutura jurisdicional brasileira traz, ainda, dois Tribunais Superiores: o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O STF, como já exposto, é a cúpula do sistema jurisdicional pátrio. É o Tribunal que tem por principal finalidade a guarda da Constituição. Sua competência está delimitada no art. 102 da Constituição.[57] Assim, o STF é um Tribunal que pode apreciar causas originárias de qualquer ramo do Judiciário.

É composto por 11 Ministros, escolhidos pelo Presidente da República e que dependem de aprovação do Senado Federal.[58] Não há obrigação de que haja um percentual de juízes de carreira, advogados ou membros do MP – mas sim que tenham “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”.[59]

Por seu turno, o STJ – criado na Constituição de 1988 como uma tentativa de desafogar o STF[60] – tem por finalidade ser o órgão máximo da Justiça Comum (portanto, Estadual e Federal), no tocante à matéria não constitucional.

Ou seja, é o Tribunal que terá a última palavra em matéria infraconstitucional,[61] a saber: Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal etc. Nesta perspectiva, percebe-se como se trata de um Tribunal com grande importância no cotidiano das pessoas.

É composto por 33 Ministros,[62] escolhidos pelo Presidente da República, dotados de "notável saber jurídico" e "reputação ilibada", os quais dependem de aprovação do Senado Federal.[63] Mas, diferentemente do STF, o texto constitucional traz alguns critérios para a composição do STJ: um terço de desembargadores federais, um terço de desembargadores estaduais e um terço de advogados e membros do MP.[64]

A distinção entre esses Tribunais se insere no âmbito de atuação de cada um:

> a) STJ busca unificar a aplicação do direito federal infraconstitucional (Códigos e legislação extravagante), mas especificamente em relação à jurisdição comum;
> b) STF busca unificar a aplicação da Constituição, em relação a qualquer uma das Justiças.

Em relação à competência, TST, TSE e STM, tal qual o STJ, também são responsáveis por analisar a legislação infraconstitucional, mas aquela específica ao ramo especializado daquele Tribunal Superior. Portanto, à guisa de exemplo, a última palavra a respeito de um artigo da CLT, do ponto de vista infraconstitucional, será do TST. Assim, estes Tribunais Superiores são exclusivos de cada uma das respectivas justiças especializadas.

Diante do exposto, percebe-se que uma causa eleitoral não chegará ao STJ, nem uma reclamação trabalhista chegará ao TSE, nem uma causa de família (julgada pela Justiça Estadual) chegará ao TST. Mas qualquer dessas causas pode, no caso de uma violação à Constituição, vir a ser apreciada pelo STF.

11.2.7. CNJ

Por fim, ainda inserido no art. 92 da Constituição como órgão do Judiciário, há o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).[65]

O CNJ, previsto no art. 103-B da Constituição, foi inserido no texto constitucional via EC 45/2004. Apesar de ser um órgão do Judiciário, não se trata de um órgão jurisdicional, como os antes apontados. Isto é, não há julgamento de lide por parte do Conselho.

Sua finalidade é o "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes".[66] Ou seja, busca-se administrar o Poder Judiciário de maneira profissional e nacionalmente – além de atuar de forma incisiva diante de deslizes dos magistrados.

É composto por 15 Conselheiros, com mandato de 2 anos, sendo admitida uma recondução.[67] A presidência do CNJ será sempre do Presidente do STF.[68] Os demais membros são nomeados pelo Presidente da República, dependendo de aprovação do Senado.[69] A Constituição traz alguns critérios para a escolha dos membros do CNJ, sendo o colegiado composto de 9 magistrados, 2 membros do MP, 2 advogados e 2 cidadãos.[70]

Por se tratar de um órgão ainda relativamente novo, há alguns debates quanto à sua atuação. Uma discussão relevante foi se o CNJ teria competência concorrente ou subsidiária do ponto de vista correicional: ou seja, se o CNJ poderia investigar juízes concomitantemente às Corregedorias dos tribunais de que o juiz faz parte (competência concorrente) ou se somente se a Corregedoria não atuasse adequadamente é que o CNJ poderia atuar (competência subsidiária). Decidiu o STF que se trata de competência concorrente – dando maior relevância à atuação do CNJ.[71]

11.3. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público (MP) é um órgão destinado à preservação dos valores fundamentais do Estado. O art. 127 da CF o define como instituição "permanente e essencial à função jurisdicional", sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais.

No âmbito criminal, o MP é responsável pela acusação (repressão do

crime – que atenta contra valores fundamentais da sociedade). No âmbito cível, pode atuar como fiscal da ordem jurídica (*custos legis* – art. 178 do CPC) ou mesmo como parte, tanto nos casos previstos em lei (art. 177 do CPC) como, principalmente, em demandas coletivas.

Está presente, portanto, em toda a estrutura jurisdicional brasileira. Ou seja, em qualquer ramo do Judiciário, nos momentos em que sua atuação for prevista na Constituição ou em lei, deverá o MP atuar.

A Constituição, em seu art. 128, divide o MP em Ministério Público da União (MPU), regido pela LC 75/1993 e o Ministério Público Estadual (MPE), que se rege pela Lei 8.625/1993 – além da legislação de cada um dos Estados.

O MPU compreende o MP Federal (que atua no STF, no STJ e na Justiça Federal), o MP do Trabalho (atuação na Justiça do Trabalho), o MP Militar (oficia na Justiça Militar da União) e o MPDFT (pertinente ao Distrito Federal e Territórios). As carreiras e os concursos são distintos entre estes diversos órgãos.

Não há previsão constitucional de um Ministério Público Eleitoral. Assim, a atuação na Justiça Eleitoral é semelhante ao que se verifica em relação aos juízes. Portanto, no 1º grau atua o MPE, ao passo que, em 2º grau, oficia o MPF.

Por sua vez, diante da ausência de um MP Militar Estadual, o MPE atua na Justiça Militar Estadual, nos Estados em que esta existir.

A nomenclatura dos membros do MP é distinta,[72] conforme a carreira e o grau de jurisdição em que se atua. O acesso sempre é feito mediante concurso público.

Inicialmente, apresentamos quadro referente ao MPU.[73]

Órgão	1º grau	2º grau	Chefia
MPF[74]	Procurador da República	Procurador Regional da República	Procurador-Geral da República

Órgão	1º grau	2º grau	Chefia
MPT[75]	Procurador do Trabalho	Procurador Regional do	Procurador-Geral do Trabalho

		Trabalho	
MPM[76]	Promotor da Justiça Militar	Procurador da Justiça Militar	Procurador-Geral da Justiça Militar
MPDFT[77]	Promotor de Justiça do Distrito Federal	Procurador de Justiça do DF	Procurador-Geral de Justiça do DF

A chefia do MPU é exercida pelo Procurador-Geral da República (PGR), que é nomeado pelo Presidente da República, dependente de aprovação do Senado.[78]

O PGR nomeia os chefes do MPT[79] e do MPM.[80] O chefe do MPDFT é escolhido pelo Presidente da República.[81]

Por sua vez, no âmbito do MPE, a situação é a seguinte:[82]

Órgão	1º grau	2º grau	Chefia
MPE[82]	Promotor de Justiça	Procurador de Justiça	Procurador-Geral de Justiça

O Procurador-Geral de Justiça é escolhido pelo Governador, em cada um dos Estados da Federação.[83]

À semelhança do CNJ e com as mesmas atribuições deste órgão, só que voltadas ao MP, a EC 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP[84]), previsto no art. 130-A.[85]

11.4. ADVOCACIA E DEFENSORIA PÚBLICA

Para concluir este capítulo, necessária uma breve exposição a respeito da carreira do *advogado, defensor público e procuradores que defendem os entes estatais* (advogado público).

O advogado é “indispensável à administração da justiça” (CF, art. 133) e representa as partes em juízo. Em regra, para que as partes (autor e réu) possam se manifestar em juízo, devem ser representadas por advogados (profissional dotado de capacidade postulatória).[86]

Justifica-se a assessoria do advogado à parte visto que (i) o profissional

tem conhecimento técnico a respeito do direito e (ii) o advogado é sujeito alheio ao conflito. Assim, tem plenas condições – psicológicas e intelectuais – de analisar a lide e assessorar seu cliente.

Para que alguém possa ser advogado, deve observar alguns requisitos, previstos na Lei 8.906/1994, que assim prevê:

> *"Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:*
> I – capacidade civil;
> II – diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;
> III – título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;
> IV – aprovação em Exame de Ordem;
> V – não exercer atividade incompatível com a advocacia;
> VI – idoneidade moral;
> VII – prestar compromisso perante o conselho".

O Exame de Ordem, mencionado no inciso IV, é aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).[87]

Assim, considerando a inércia da Jurisdição, o advogado é essencial para, representando as partes, acionar o Judiciário e dar início ao processo, de modo a se solucionar a lide. Além de, por certo, defender a parte ré em juízo.

Contudo, como já visto em outros capítulos, é possível que uma parte tenha dificuldade de arcar com os custos de um advogado. De modo a garantir o acesso à justiça (sob a ótica do autor) e à ampla defesa (sob a perspectiva do réu), há a Defensoria Pública.

A Defensoria é um órgão estatal que presta assistência jurídica à população carente (CF, art. 134). O ingresso à Defensoria se dá via concurso público.

Há, no âmbito federal, para atuação perante a Justiça Federal, a Defensoria Pública da União (DPU),[88] ao passo que para atuação na Justiça Estadual há as Defensorias Estaduais. A Defensoria Pública é regulamentada na LC 80/1994. O CPC 2015, diferentemente dos diplomas processuais anteriores, menciona expressamente a Defensoria Pública em diversas oportunidades.[89]

Além disso, é certo que o Estado (nas suas três esferas, Federal, Estadual

e Municipal – bem como em relação aos entes da administração indireta) também necessita de advogados para atuar em juízo. E destaque-se que os entes estatais são litigantes em larga escala. Tal advogado usualmente recebe o nome de procurador.[90] O ingresso aos órgãos de postulação judicial e assessoramento jurídico dos entes estatais se dá por concurso público.[91]

Para a defesa da União foi criada, na Constituição de 1988, a Advocacia-Geral da União (AGU). Assim, a representação em juízo da administração direta da União é realizada pelos advogados da União.[92]

Por sua vez, a representação dos demais órgãos federais (ou seja, órgãos da administração indireta, a saber, autarquias e fundações públicas federais como INSS, Incra, Ibama, universidades federais etc.) é realizada pelos procuradores federais. A Procuradoria-Geral Federal é um órgão vinculado à AGU, mas com autonomia administrativa e financeira.[93]

Ainda no âmbito federal, para a execução da dívida ativa (ou seja, cobrança de débitos tributários), há a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN).[94] Além disso, há a carreira de procurador do Banco Central (BACEN) e de advogados de empresas públicas federais, como de Caixa Econômica Federal, Correios e Infraero.

No que pertine à esfera estadual para a defesa dos diversos Estados da Federação, atua a Procuradoria do Estado. Já no âmbito municipal, há as Procuradorias dos Municípios.

A chefia desses diversos órgãos é escolhida pelo chefe do respectivo Poder Executivo.

Ente	**Responsável pela postulação**	**Chefia do órgão**
União (administração direta) AGU[95]	Advogado da União	Advogado-Geral da União
União (administração indireta) Procuradoria Federal[96]	Procurador Federal	Procurador-Geral Federal
União (débitos tributários)	Procurador da Fazenda Nacional	Procurador-Geral da Fazenda Nacional

PFN[97]		
Estados Procuradoria do Estado[98]	Procurador do Estado	Procurador-Geral do Estado
Municípios Procuradoria do Município[99]	Procurador do Município	Procurador-Geral do Município

O CPC 2015 faz, pela primeira vez dentre os Códigos de Processo, menção à advocacia pública.[100]

[1]Neste sentido, Vicente Greco Filho: "As normas de organização judiciária estão entre o direito administrativo e o direito processual. São administrativas na medida em que estruturam órgãos públicos, não interferindo em direitos e ônus das partes; servem de apoio ao direito processual e estão a serviço deste" (*Direito processual civil brasileiro.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 73).

[2]Esta nomenclatura (estrutura jurisdicional brasileira) já foi antes exposta em obra de minha coautoria (*Manual de prática civil.* 15. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 23 e s.).

[3]É, por exemplo, a posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Cf. o capítulo "Órgãos e competência do Poder Judiciário", *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83 e s.

[4]É, por exemplo, a opção de Marcus Orione Gonçalves Correia, que inicialmente aponta quais são os órgãos jurisdicionais existentes para, depois, tratar da competência. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 52 e s.

[5]O art. 114, IV da CF (com a redação da EC 45/2004) afirma ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de *habeas corpus* "quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição". O *habeas corpus* é uma típica ação penal, ainda que se esteja debatendo uma questão cível.

[6]É o que se depreende do art. 124 da Constituição, que trata da Justiça Militar da União: "À Justiça Militar compete processar e

julgar os *crimes* militares definidos em lei".

[7]Moacyr Amaral Santos bem expõe o problema (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 98-101).

[8]Vide Capítulo 6.

[9]Disponível em: <www.stj.jus.br>.

[10]Disponível em: <www.tst.jus.br>.

[11]Disponível em: <www.tse.jus.br>.

[12]Disponível em: <www.stm.jus.br>.

[13]Há discussões quanto à conveniência de seguir existindo uma Justiça especializada militar. Debate o Conselho Nacional da Justiça (CNJ) o assunto, mas até o momento sem nenhuma divulgação de resultado conclusivo. No âmbito de outros países, a grande maioria das justiças militares existentes já foi extinta – sendo o exemplo mais recente o fim desse ramo do Judiciário na Argentina, em 2009.

[14]"§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares."

[15]Disponível em: <www.tjm.mg.gov.br>.

[16]Disponível em: <www.tjmrs.jus.br>.

[17]Disponível em: <www.tjmsp.jus.br>.

[18]Discute-se no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais a extinção da Justiça Militar Estadual, com sua incorporação pela Justiça Estadual. Dentre as justificativas para tanto, o elevado custo da máquina e o pequeno número de causas – além, claro, a possibilidade de julgamento no âmbito da Justiça Estadual comum.

[19]"§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau,

pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes."

[20]Neste sentido, o seguinte julgado do STJ: "*Habeas Corpus*. Acórdão do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Tese não examinada no acórdão atacado. Supressão de instância. Ordem não conhecida. 1 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os pedidos de *habeas corpus* e os recursos interpostos contra acórdãos dos Tribunais de Justiça Militar Estadual, existentes hoje apenas nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, os quais possuem competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei. [...]" (HC 35.252/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, julgado em 24.05.2007, *DJ* 06.08.2007 p. 695).

[21]Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

[22]Disponível em: <www.tjmsp.jus.br>.

[23]Disponível em: <www.trf3.jus.br>, com competência para julgar causas que tramitaram em São Paulo e no Mato Grosso do Sul, em 1º grau.

[24]Disponível em: <www.trt2.jus.br>, com competência para julgar reclamações trabalhistas que tramitaram na Grande São Paulo e litoral, em 1º grau.

[25]Disponível em: <www.trt15.jus.br>, com competência para julgar reclamações trabalhistas que tramitaram no interior do Estado de São Paulo, em 1º grau (trata-se do único caso de dois tribunais em um mesmo Estado da Federação).

[26]Disponível em: <www.tre-sp.jus.br>.

[27]Disponível em: <https://www.stm.jus.br/1-instancia/2-cjm-sp>.

[28]Disponível em: <www.stf.jus.br>.

[29]Antes da EC 45/2004, era possível, no âmbito da Justiça Estadual, a existência de Tribunais de Alçada – os quais eram competentes para julgar determinadas matérias e eram Tribunais distintos do TJ, dentro de um mesmo Estado da Federação.

[30]Conferir CF, art. 18, §§ 2º e 3º.

[31]Por exemplo: o TJSP, o maior do país, tem mais de 350 desembargadores, ao passo que o TJAP tem 9.

[32]Aberta uma vaga pelo quinto, OAB e MP apontam, em listas elaboradas nos próprios órgãos, quem são seus indicados – a da OAB, sem sêxtupla (frise-se, em vagas distintas; assim, advogados e membros do Ministério Público não concorrem entre si). O TJ, mediante votação de seus membros, transforma essa lista em tríplice, sendo que o Governador do Estado escolhe um dos nomes para ser nomeado desembargador. Atualmente, há muitas críticas e polêmicas em torno da existência do quinto constitucional, sendo que se discute sua modificação ou até mesmo extinção – o que é especialmente defendido por associações de magistrados.

[33]CF, art. 109, §§ 3º e 4º, permitindo que, se o domicílio do segurado não for sede de Justiça Federal, é possível o ajuizamento de demanda em face do INSS na Justiça Estadual. Isso de modo a garantir o acesso à Justiça a quem – pela idade ou condição física – teria dificuldade de se locomover a outra cidade para ir ao fórum.

[34]Como o INSS, um dos maiores litigantes do país.

[35]Como a Caixa Econômica Federal e os Correios. Banco do Brasil e Petrobras são sociedades de economia mista e, assim, não são julgados pela Federal, mas pela Estadual, por exclusão. Neste sentido, a Súmula nº 42 do STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte Sociedade de Economia Mista e os crimes praticados em seu detrimento”.

[36]Há, no Congresso Nacional, projetos para criação de mais quatro TRFs, cujas sedes seriam em Curitiba, Belo Horizonte, Manaus e Salvador.

[37]6ª Região, com sede em Curitiba, englobando PR, SC e MS; 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, apenas para MG; 8ª Região, com sede em Salvador, englobando BA e SE; e 9ª Região, com sede em Manaus, para AM, AC, RO e RR.

[38]ADI 5017, cuja síntese foi a seguinte: “Ante o exposto, em caráter excepcional, e sujeito ao referendo do Colegiado, defiro a medida cautelar pleiteada, para suspender os efeitos da EC 73/2013”.

[39]Disponível em: <www.trf1.jus.br>.

[40]Disponível em: <www.trf2.jus.br>.

[41]Disponível em: <www.trf3.jus.br>.
[42]Disponível em: <www.trf4.jus.br>.
[43]Disponível em: <www.trf5.jus.br>.
[44]Na verdade, a Constituição apenas denomina de desembargadores os magistrados de 2º grau da Justiça Estadual. Assim, pelo texto constitucional seriam "juízes federais de Tribunal Regional Federal" (CF, art. 107, *caput*.). Mas, no cotidiano forense, os próprios magistrados se autodenominam desembargadores, por isso assim se escreveu no texto.
[45]E também para o julgamento de causas criminais de menor potencial ofensivo.
[46]Se o valor da causa for superior a tal montante e a parte promover a ação no Juizado, tal conduta ensejará a renúncia do montante excedente (nos termos do art. 3º, § 3º da Lei 9.099/1995, "a opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação").
[47]Portanto, não há o "quinto constitucional" na composição dos Colégios Recursais dos Juizados.
[48]Suas origens remontam aos antigos "Juizados de Pequenas Causas" (Lei 7.244/1984) e nos estudos de Mauro Capelletti, o qual apontou que os formalismos e altos custos afastam do Poder Judiciário a solução de inúmeros litígios, o que seria fator de instabilidade social. Kazuo Watanabe, ao se manifestar a respeito desse fenômeno, fala em litigiosidade contida.
[49]O STF, no julgamento do RE 571572 (agosto de 2009), afirmou que, até a edição de lei que crie o incidente de uniformização de jurisprudência no JEC, será cabível reclamação ao STJ se uma decisão de Colégio Recursal de JEC for contrária à jurisprudência do STJ. Trata-se de uma inovação que acaba por permitir a abertura de uma via ao STJ das decisões proferidas pelo JEC.
[50]Vide a competência no art. 114 da CF.
[51]O Acre é um exemplo de Estado que não tem TRT. Os recursos das reclamações que tramitam nesse Estado são julgados pelo TRT 14 <www.trt14.jus.br>, com sede em Rondônia.
[52]Como já visto acima, o TRT 15 tem sede em Campinas, que,

portanto, é a única cidade do país que tem um Tribunal, apesar de não ser capital.

[53]CF, art. 115.

[54]CF, art. 111-A.

[55]CF, art. 120. São dois desembargadores do TJ, dois juízes estaduais de 1º grau, um magistrado federal (TRF ou 1º grau) e dois advogados. Assim, no âmbito eleitoral, não há o "quinto constitucional", já que não se trata de um quinto das vagas e não há a participação de membros do MP.

[56]CF, art. 119. Assim, conforme exposto na nota anterior, não há propriamente o "quinto constitucional".

[57]Nos termos de tal dispositivo, o STF é dotado de competência originária ou recursal, conforme o caso.

[58]CF, art. 101. No Brasil, a regra é que a sabatina do Senado seja meramente homologatória, sem maior resistência ao nome indicado pelo Presidente da República.

[59]O subjetivismo desses critérios e a concentração de poder nas mãos do Presidente da República levantam diversas críticas a respeito desse modo de escolha dos Ministros. Diversas vozes apontam a necessidade de mudança dos critérios, quiçá aproximando da composição dos outros Tribunais Superiores (com elaboração de listas pelos próprios Tribunais) ou de modelos estrangeiros (em diversos países da Europa, a responsabilidade pela composição é divida entre Executivo, Legislativo e Judiciário). O modelo brasileiro é cópia do modelo norte-americano, em que a escolha é exclusiva do chefe do Executivo.

[60]Antes de 1988, a competência que hoje é do STJ era também do STF.

[61]Sua competência está delimitada no art. 105 da Constituição. Tal qual ocorre em relação ao STF, o STJ é dotado de competência originária e/ou recursal.

[62]A Constituição, no *caput* de seu art. 104, fala em "no mínimo" 33 Ministros. Desde sua criação este é o número de Ministros do STJ. Mas, pela interpretação do texto constitucional, é certo ser possível a majoração no número de Ministros.

[63]CF, art. 104, parágrafo único.

[64]CF, art. 104, parágrafo único, I e II. Ou seja, no âmbito do STJ tem-se o "terço constitucional" e não o "quinto constitucional", como nos demais Tribunais.

[65]Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

[66]Suas principais atribuições estão previstas no § 4º do art. 103-B.

[67]CF, art. 103-B, *caput*.

[68]CF, art. 103-B, § 1º, com a redação da EC 61/2009.

[69]CF, art. 103-B, § 2º.

[70]O art. 103-B aponta que serão Conselheiros: "I – o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal".

[71]ADI 4683.

[72]Quando das discussões da EC 45/2004 (Reforma do Judiciário), propôs-se que todos os membros do Ministério Público fossem chamados "promotores", nomenclatura que, seguramente, facilitaria a correta identificação dos membros da carreira, já que os nomes atualmente utilizados dão margem a diversas confusões, especialmente por parte dos leigos – especialmente no tocante ao termo "procurador", que é polissêmico. Porém, a proposta não avançou no Congresso Nacional.

[73]Disponível em: <www.mpu.mp.br>.
[74]Disponível em: <www.pgr.mpf.mp.br>.
[75]Disponível em: <portal.mpt.mp.br>.
[76]Disponível em: <www.mpm.mp.br>.
[77]Disponível em: <www.mpdft.mp.br>.
[78]CF, art. 128, § 1º. Pela Constituição, a escolha do PGR pelo Presidente é livre; mas a praxe nos últimos anos é a escolha do PGR a partir de uma lista tríplice elaborada por associação de procuradores.
[79]LC 75/1993, art. 88.
[80]LC 75/1993, art. 121.
[81]CF, art. 128, § 3º e LC 75/1993, art. 156.
[82]Como é de se concluir, cada Estado tem o seu próprio MP, com sua respectiva página na internet. Como exemplo, a página do MP da Bahia é a seguinte: <www.mpba.mp.br>.
[83]CF, art. 128, § 3º, após elaboração de lista tríplice pelos integrantes da carreira.
[84]Disponível em: <www.cnmp.gov.br>.
[85]O artigo prevê 14 Conselheiros, nomeados pelo Presidente da República e dependendo de aprovação do Senado, com presidência do PGR, sendo 8 membros do MP, 2 magistrados, 2 advogados e 2 cidadãos, da seguinte forma (CF, art. 130-A): "I – o Procurador-Geral da República, que o preside; II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; III – três membros do Ministério Público dos Estados; IV – dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal".
[86]Por vezes, a própria parte é dotada de capacidade postulatória, situação na qual a presença do advogado passa a ser facultativa e não obrigatória. Um exemplo é a postulação perante o JEC, situação na qual, se o valor da causa for de até 20 salários mínimos, a própria parte pode pleitear (Lei 9.099/1995, art. 9º).

[87]Há o Conselho Federal da OAB (www.oab.org.br), bem como, em cada Estado da Federação, uma Seção. Atualmente, o Exame de Ordem é unificado para todos os Estados do país, aplicando-se, portanto, a mesma prova em todo o território nacional. Exame este que é dividido em duas fases: a primeira com testes múltipla escolha, e a segunda fase (em que há opção de área do Direito), consistente em questões discursivas e peça prático-profissional.

[88]Disponível em: <www.dpu.gov.br>.

[89]Para ser mais preciso, 41 vezes. Havendo, inclusive, um título específico no Código para a instituição (CPC, arts. 185-187).

[90]E, assim, é comum a confusão entre o Procurador do Estado (Advogado que defende o Estado em juízo) e o Procurador de Justiça do Estado (membro do MP estadual que atua em 2º grau de jurisdição).

[91]Quanto à União e aos Estados, há expressa menção ao concurso público nos arts. 131, § 2º, e 132 da Constituição, respectivamente. Quanto aos Municípios, aplica-se a regra geral do art. 37, II da Constituição.

[92]CF, art. 131.

[93]Art. 9º da Lei 10.480/2002.

[94]CF, art. 131, § 3º.

[95]Disponível em: <www.agu.gov.br>.

[96]Disponível em: <www.agu.gov.br/unidade/PGF>.

[97]Disponível em: <www.pgfn.fazenda.gov.br>.

[98]A guisa de exemplo, Procuradoria do Estado de Goiás: <www.pge.go.gov.br>.

[99]A título de exemplo, Procuradoria do Município de Fortaleza: <fortaleza.ce.gov.br/pgm>.

[100]Há 14 menções à advocacia pública no CPC, inclusive com um título próprio (arts. 182-184).

12

COMPETÊNCIA

LUIZ DELLORE

12.1. CONCEITO

Competência pode ser definida como parcela, pedaço, parte ou medida da jurisdição.[1] Todo juiz tem jurisdição, mas nem todo juiz tem jurisdição para decidir todas as causas – ou seja, cada juiz tem uma parcela da jurisdição (que é, exatamente, a competência).[2]

Trata-se de uma divisão do trabalho entre os magistrados, que busca dar racionalidade ao sistema (afinal, não haveria sentido que um juiz de Manaus julgasse um divórcio entre duas pessoas residentes em Porto Alegre). Mas, mais do que isso, a competência decorre do princípio do juiz natural[3] – de modo que a competência é uma garantia às partes, no sentido de que a causa será julgada pelo juiz previamente previsto em lei, em abstrato.

Mas quem pode ter competência ou ser competente?

A resposta inicia-se simples: o magistrado, ou seja, todo aquele que é dotado de jurisdição, a saber: juízes, desembargadores e ministros, que atuam no âmbito de órgãos jurisdicionais. Portanto, membros do Poder Judiciário de 1º grau, de grau intermediário (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral, Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal de Justiça Militar – nos Estados onde existe[4]) e grau superior (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar).[5]

Mas a resposta à pergunta relativa a quem pode ter competência torna-se um pouco mais complexa quando se indaga se existe órgão jurisdicional fora do Poder Judiciário.

Em situações excepcionais, é possível se falar em órgão jurisdicional que não seja do Poder Judiciário. Como exemplo, o Senado, quando julga o Presidente da República ou Ministro do Supremo, no tocante a crimes de responsabilidade[6] (CF, art. 52, I e II).

Além disso, há órgãos que, apesar do nome "Tribunal", não exercem atividade jurisdicional, mas somente administrativa, pois não compõem o Poder Judiciário. Como exemplos, os Tribunais de Contas (que são órgãos do Legislativo), o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (vinculado a confederações esportivas), o Tribunal de Ética da OAB e o Tribunal Marítimo. Nesses casos, a atribuição de cada um desses órgãos para apreciar determinados assuntos pode até ser denominada de competência – mas não sob a ótica técnico-processual que ora se analisa.

Por fim, a pergunta se torna ainda mais complexa em relação ao seguinte ponto: o árbitro tem competência? A natureza da atividade exercida pelo árbitro (se jurisdicional ou não – e, consequentemente, se há ou não competência) é questão polêmica, na doutrina e jurisprudência.

O entendimento clássico é no sentido de não se tratar de atividade jurisdicional, mas recentemente a corrente de ser a arbitragem jurisdição vem ganhando adeptos.[7-8] O CPC/2015 parece caminhar no sentido de que há atividade jurisdicional e, consequentemente, competência do árbitro, ao apontar que há decisão sem mérito de um processo judicial "quando o juízo arbitral reconhecer sua competência" (art. 485, VII).

12.2. CRITÉRIOS

Diante da existência de um conflito, é possível, em tese, que ele seja julgado em mais de um país. Nesse contexto se insere a competência internacional concorrente (juiz estrangeiro e brasileiro podem apreciar a causa) e competência internacional exclusiva (apenas o juiz brasileiro pode apreciar a causa). O assunto já foi antes tratado nesta obra,[9] de modo que não é disso que se trata aqui.

Considerando que um conflito será julgado no Brasil, é de se verificar,

no sistema processual e constitucional, qual será o juiz que o julgará.

Tendo em vista que todo juiz é dotado de jurisdição, em uma primeira análise todos os magistrados poderiam apreciar uma lide. Porém, como já exposto no tópico anterior, isso não seria racional do ponto de vista de divisão do trabalho.

Nessa perspectiva, o sistema de competência trabalha em uma lógica de exclusão. Inicialmente, todos os juízes do País seriam competentes para julgar determinada causa. Mas, considerando as características e o local de ocorrência do conflito, há um método de exclusão, de modo que há um "afunilamento" para se verificar quais juízes poderiam julgar determinada causa. E se chegará a um momento em que haverá a delimitação de qual ramo da justiça, em qual localização geográfica e em que vara será possível se apreciar aquele conflito. É essa lógica que envolve a verificação da competência.

Em alguns casos, a competência prevista no sistema não poderá ser alterada por vontade das partes, pois fundada em razões de ordem pública (tem por base o interesse público). Nesses casos, fala-se em *competência absoluta*.

Em outros casos, a competência prevista no sistema poderá ser alterada por vontade das partes, pois não está fundada em questões de ordem pública (fundada no interesse das partes). Trata-se da *competência relativa*.

A competência absoluta e a relativa podem ser entendidas como gêneros, sendo que cada qual tem suas espécies.

Para isso, vale verificar dois artigos do CPC/2015.

> "Art. 62. A competência determinada em razão da *matéria*, da *pessoa* ou da *função* é inderrogável por convenção das partes."
>
> "Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do *valor* e do *território*, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações."

Portanto, a partir desses dispositivos do Código, tem-se o seguinte quadro:[10]

Gênero	Espécie

Absoluta	Matéria
	Pessoa
	Função
Relativa	Valor
	Território

Assim, a competência absoluta é gênero, dentro do qual existem três espécies: (i) competência em razão da matéria (Justiça Comum ou Justiça Especializada), (ii) competência em razão da pessoa (União, autarquias e empresas públicas federais devem ser julgadas pela Justiça Federal) e (iii) competência funcional (competência originária em 1º grau ou tribunal; competência atribuída a um juiz especificamente para uma situação).

A competência relativa é gênero, dentro do qual existem duas espécies: (i) competência em razão do território (ajuizamento na Comarca "A" ou "B") e (ii) competência em razão do valor (ajuizamento no Juizado Especial Cível ou Vara tradicional da Justiça Estadual).

A análise quanto aos principais aspectos de cada um dos gêneros, bem como a exposição a respeito das espécies, será realizada na sequência.

Mas, antes disso, uma última questão analisando os critérios de competência como um todo, para que se compreenda melhor o assunto. Ao elaborar uma petição, existe o endereçamento, que é a indicação a qual juízo se direciona a petição. Tomemos como exemplo a seguinte situação, de um endereçamento de petição inicial:

> *Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de uma das Varas Cíveis da Comarca da Capital*

Ao se indicar "juiz de direito", estão-se apontando (i) qual o ramo do Poder Judiciário (competência em razão da matéria e/ou da pessoa) e (ii) a competência originária em primeiro grau de jurisdição (competência hierárquica).

Ao se indicar "uma das varas", está-se reconhecendo que existe mais de uma vara (juízo) igualmente competente para julgara a demanda (por isso haverá a necessidade de distribuição).

Ao se indicar "vara cível", está-se a apontar qual a competência em

razão da matéria, considerando os diversos juízos existentes em determinado local (vara cível, vara de família, vara empresarial – divisão que é variável de cidade para cidade).

Ao se indicar a “capital”, há a indicação da competência em razão do território.

12.3. COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Como já exposto acima, a competência absoluta é gênero, sendo que existem três espécies.

Tratando-se de competência absoluta, não é possível sua modificação por vontade das partes. Exatamente por isso descabe foro de eleição.[11] Também por isso é que não há modificação da competência por força da conexão ou continência.[12] Da mesma forma, não há preclusão,[13] podendo a incompetência ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ainda, uma vez transitada em julgado a decisão proferida por juiz absolutamente incompetente, cabe ação rescisória,[14] medida judicial capaz de afastar do mundo jurídico essa decisão que se formou indevidamente, mesmo existindo coisa julgada.

12.3.1. Competência em razão da matéria

O Poder Judiciário brasileiro é dividido em cinco ramos: Justiça Federal, Estadual, Trabalhista, Eleitoral e Militar.



Há uma especialização conforme a *matéria* debatida em juízo (competência *ratione materiae*). No atual sistema constitucional brasileiro, a divisão existente é a seguinte:[15]

Ordinária (comum)	Federal (CF, art. 109, I)
	Estadual (CF, art. 125)

Extraordinária (especializada)	Eleitoral (CF, art. 118)
	Trabalhista (CF, art. 111)
	Penal Militar (CF, art. 122)

Conforme a lide discutida em juízo, cada um dos ramos do Poder Judiciário será o competente para apreciar a causa em detrimento dos demais. Inicialmente, verifica-se se estamos diante de uma causa que será apreciada por um dos ramos da Justiça Especializada (Trabalhista, Eleitoral ou Militar). Se não for da competência de um dos ramos especializados, então a competência será da Justiça Comum.

Assim, a Justiça Comum é residual em relação à Justiça Especializada (ou seja, somente será Comum se não for Especializada). E, no âmbito da Justiça Comum, a Justiça Estadual é residual em relação à Justiça Federal (ou seja, somente será Estadual se não for Federal). Mas isso não significa que a Justiça Estadual é que tem poucas causas – muito ao contrário, a Justiça Estadual é a que tem mais fóruns, servidores, juízes e causas. Para verificar quando se utiliza a Justiça Estadual ou a Federal, vide item abaixo.

Como exemplo, visualizemos uma situação em que se discutem horas extras e o pagamento de salário. Nesse caso, a lide se refere a um tema específico (direito do trabalho) e, portanto, atrai a competência da Justiça do Trabalho (*competência de jurisdição*).

Por seu turno, tratando-se de um acidente de veículo entre particulares, não há nada que atraia a competência especializada, então se vai para a Justiça Comum (novamente, *competência de jurisdição*).

E, dentro de cada um dos ramos, caso haja existência de varas distintas, trata-se novamente de competência em razão da matéria, mas agora *competência de juízo*. Assim, se estivermos em uma Comarca onde haja vara

cível, vara de família e vara criminal, é certo que a competência para debater os danos decorrentes da batida de carro será da vara cível (competência de juízo).

Reitere-se que a competência em razão da matéria é espécie do gênero absoluta, de modo que não é possível, às partes, escolher ou alterá-la. Seja qual for o ramo do Poder Judiciário, seja qual for a especialidade da vara. Não se trata de opção das partes, mas regra cogente do sistema.

12.3.2. Competência em razão da pessoa

No Código anterior, não havia menção expressa à competência em razão da pessoa – que estava inserida no âmbito da competência em razão da matéria. Mas, ainda assim, já se falava em competência *ratione personae*. O CPC/2015 menciona expressamente esta espécie de competência.

De qualquer forma, trata-se de uma sequência do que foi exposto no item anterior. Isso porque o principal critério relativo à competência em razão da pessoa diz respeito à presença da União ou ente federal no litígio.

Nos termos do art. 109, I da CF, a presença de ente federal atrai a competência para a Justiça Federal. São entes federais a própria União (governo central e ministérios), empresas públicas federais,[16] autarquias federais[17] e fundações federais.[18] Também os conselhos de fiscalização,[19] ainda que não sejam efetivamente entidades públicas, são compreendidos como entidades paraestatais da esfera federal e, assim, julgados pela Justiça Federal.

Portanto, processos em que figurem como partes ou terceiros[20] esses entes devem ser diretamente ajuizados na Justiça Federal; se não forem, deve o juiz remeter os autos para o Judiciário Federal. Da mesma forma, se o ingresso de alguns desses entes for posterior ao início do trâmite do processo, deverá haver a remessa dessa causa para a Justiça Federal.

Pode existir situação em que há dúvida quanto à necessidade de participação do órgão federal no processo. Nesses casos, deve o juiz estadual remeter os autos ao juiz federal.[21] Contudo, se o juiz federal entender que não é caso de participação daquele ente federal, deve ser excluída do processo essa parte e os autos devem ser devolvidos ao juiz estadual.[22] Isso exatamente

porque quem aprecia se o ente federal deve participar da demanda é o juiz federal – sendo que sua decisão pode ser impugnada por recurso, perante a própria Justiça Federal.

O que foi exposto até o momento trata da regra geral. Porém, há exceções, no próprio texto constitucional.[23] Isso significa dizer que há situações nas quais, apesar de ser parte em processo ente federal, não haverá a competência da Justiça Federal. Isso ocorre especialmente quando se tratar de competência em razão da matéria (vide item acima), ou seja, quando a lide tiver ser julgada por alguma justiça especializada, como no caso da Justiça do Trabalho. Assim, se um carteiro (empregado celetista dos Correios) buscar o Judiciário para debater questões de horas extras, o conflito será julgado pela Justiça do Trabalho e não pela Justiça Federal. Mas uma ação indenizatória de um consumidor contra os Correios, em virtude de extravio de correspondência, por não ter relação com qualquer justiça especializada, será julgada na Justiça Federal e não na Justiça Estadual.

Também não haverá competência da Justiça Federal se o próprio texto constitucional afastar a competência desse ramo do Judiciário. Trata-se de uma opção do constituinte para facilitar o acesso à justiça,[24] o que se verifica na recuperação judicial e falência, nas causas de acidente do trabalho[25] e as causas contra o INSS (previdenciárias, portanto) “sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal”.[26] Ou seja, para facilitar o acesso à Justiça, se não houver Justiça Federal no local onde o autor residir, poderá a demanda contra a autarquia previdenciária ser ajuizada na Justiça Estadual.[27]

12.3.3. Competência funcional (ou competência hierárquica)

Dentre as espécies de competência, a de mais difícil compreensão é a competência funcional, também chamada de competência hierárquica (*ratione muneris*).

Essa competência diz quais as tarefas que juízos diversos exercem no processo,[28] ou seja, é a competência que delimita o trabalho de cada juiz na mesma relação processual.[29]

É possível dividir a competência funcional em horizontal e vertical. E cada uma dessas apresenta também uma subdivisão. Assim, há quatro

aspectos a se analisarem em relação à competência funcional:

– horizontal por fases do processo;
– horizontal por objeto do juízo;
– vertical originária;[30]
– vertical recursal.[31]

No plano horizontal, o processo se desenvolve por fases (postulatória, probatória, decisória e executiva), sendo que, usualmente, a atuação de um juízo em uma fase o torna competente também para a outra. Como exemplo, o juízo do cumprimento de sentença em regra é o mesmo que proferiu a decisão na fase de conhecimento.[32] Essa é a *competência funcional horizontal por fases do processo*.

Ainda no plano horizontal, é possível que haja uma decisão subjetivamente complexa, ou seja, que órgãos distintos participem de uma mesma decisão. Como exemplo, a declaração de inconstitucionalidade[33] no âmbito de um tribunal, em que há necessidade de manifestação do pleno quanto ao tema, para que a causa, a seguir, seja efetivamente julgada pela Câmara ou Turma (ou seja, o pleno do Tribunal decide a questão da constitucionalidade difusa,[34] ao passo que, a seguir, haverá o julgamento da causa, pelo órgão previsto originariamente para julgamento do recurso). Essa é a *competência funcional horizontal por objeto do juízo*.

No plano vertical, o processo se desenvolve considerando os diversos graus de jurisdição, em que pode existir a atuação de órgãos distintos conforme o momento processual.

Há casos em que o processo terá seu início já em 2º grau ou grau superior. Como exemplo, a ação rescisória (que é ajuizada no tribunal intermediário ou superior, considerando a decisão transitada em julgado[35]) e as ações do controle de constitucionalidade (ajuizadas diretamente no STF[36]). Trata-se da *competência funcional vertical originária*.

E há casos – o mais usual – em que a competência dos órgãos superiores se verifica a partir do momento em que há recurso e se busca a revisão da decisão judicial proferida por um juízo inferior. É, por exemplo, a situação em que há apelação de uma sentença, sendo que o recurso será jugado pelo tribunal. Trata-se da *competência funcional vertical recursal*.

Em todos esses casos, estamos diante de hipótese de competência

absoluta, em que não é possível a vontade das partes para alterar o órgão responsável pelo julgamento.

12.4. COMPETÊNCIA RELATIVA

Como já exposto acima, a competência relativa é gênero, sendo que existem duas espécies.

Tratando-se de competência relativa, é possível a modificação do órgão responsável pelo julgamento por vontade das partes. Exatamente por isso cabe foro de eleição.[37] De modo geral, descabe ao juiz reconhecer a incompetência relativa de ofício.[38] Também por isso é que há modificação da competência por força da conexão ou continência.[39] Há preclusão para alegar a incompetência relativa (impossibilidade de alegar em momento posterior), ocorrendo a prorrogação da competência se essa não for impugnada.[40] Portanto, inexiste a possibilidade de ação rescisória no caso de incompetência relativa.

12.4.1. Competência em razão do valor

No Brasil,[41] cada vez tem menor relevância prática, especialmente sob a ótica relativa, a competência em razão do valor.

Isso porque, no sistema brasileiro atual, não há espaço para negociação, em contrato, entre as partes no tocante ao valor da causa (por exemplo, majorando ou minorando o teto do JEC).

Assim, hoje, a única possibilidade que se tem é a escolha, pelo autor, do Juizado Especial Cível[42] ou da vara tradicional da Justiça Estadual.[43] E sem que isso possa ser impugnado pela parte contrária.

12.4.2. Competência territorial

A competência territorial define qual a cidade em que haverá o julgamento de determinado processo. Ou seja, não se discute qual Justiça (isso decorre da competência em razão da matéria ou pessoa, já acima

analisadas), mas sim qual local dentro daquela Justiça.

Caso se esteja diante da Justiça Estadual, a competência em razão do território vai definir em qual *comarca* haverá o julgamento da causa. Ou seja, se será na Justiça Estadual na comarca de São Paulo, Campinas, Rio de Janeiro, Curitiba ou Brasília.

Por seu turno, caso se esteja perante a Justiça Federal, a terminologia não é comarca, mas sim *Subseção Judiciária*.

O CPC traz diversas regras de fixação de competência territorial, sendo que também há leis extravagantes que tratam desse tema.[44]

Tratando-se de competência relativa, é possível às partes modificar essa competência em relação ao previsto em lei, sendo a hipótese de foro de eleição.[45]

12.4.2.1. Regras de fixação de competência territorial



Como dito, o CPC prevê diversos dispositivos que tratam da competência territorial. Há duas regras e diversas exceções. Nesta obra, o foco é analisar quais são as regras gerais de fixação de competência.

Primeira regra de competência: *domicílio do réu*, no caso de direito pessoal ou direito real sobre bem móvel.

O art. 46 do CPC/2015 traz a primeira regra geral relativa à competência territorial: tratando-se de ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis, será proposta no foro de domicílio do réu.

O domicílio é o lugar onde a pessoa “estabelece a sua residência com

ânimo definitivo" (CC, art. 70).

É de indagar: por que domicílio do réu e não domicílio do autor? Para facilitar a ampla defesa e o contraditório. Afinal, o autor tem longo tempo para ingressar em juízo (prazo prescricional), ao passo que o réu tem prazo relativamente mais curto para contratar advogado, levantar documentos e discutir a tese de defesa. Assim, muito mais fácil ao autor do que ao réu litigar fora de seu domicílio. De qualquer forma, reitere-se que esta é a regra, mas existem diversas exceções, no próprio CPC/2015 (arts. 48 e ss.).

É antiga a distinção entre as ações fundadas em direito pessoal e direito real. No direito pessoal, o ponto de maior relevância é a relação jurídica entre as partes litigantes, ou seja, entre as pessoas que figuram no polo ativo e passivo.[46] Já no que se refere ao direito real, o que prevalece é a relação entre a pessoa (autor) e a coisa.[47]

Mas a regra geral do art. 46 não trata apenas das ações fundadas em direito pessoal, pois o artigo se refere, também, a causas relativas a direito real sobre *bens móveis.*[48]

Se a demanda não for ajuizada no domicílio do réu, não compete ao juiz reconhecer de ofício a incompetência,[49] mas sim ao réu, se assim quiser, impugná-la em preliminar de contestação.[50]

Segunda regra de competência: *foro do local da coisa*, no caso de direito real imobiliário.

O art. 47 do CPC/2015 traz a segunda regra geral relativa à competência territorial: foro do local da coisa (*forum rei sitae*), tratando-se de direito real imobiliário. A lógica do dispositivo é que o juiz do local onde está situado o imóvel tem as melhores condições para julgar a demanda. E, também, a produção de provas e o cumprimento das decisões judiciais em tese são mais fáceis se a causa tramitar na própria comarca onde está situado o imóvel.

Debate relevante é avaliar se esta competência prevista no art. 47 é territorial (relativa) ou funcional (absoluta). A questão é avaliar se a escolha do foro do local do imóvel é opção das partes ou cogente.

Com base no entendimento firmado no Código anterior, é possível afirmar que a competência no caso de direito real imobiliário é, em regra, (i) absoluta (funcional), de modo que não pode haver opção das partes[51] e pode o juiz decliná-la de ofício, e (ii) relativa (territorial) em relação às situações ressalvadas no § 1º do art. 47,[52] cabendo a escolha pelas partes e, portanto,

foro de eleição.[53]

Além dessas duas regras gerais, há diversas exceções, as quais são apenas analisadas de modo panorâmico.[54]

No âmbito do CPC, o art. 53[55] é o dispositivo que mais traz regras específicas quanto à competência territorial. Ainda que algumas situações realmente importem em exceções à regra geral,[56] há situações nas quais apenas se esclarece melhor a regra geral de competência.[57]

Se a regra do foro do domicílio do réu prestigia a ampla defesa, as exceções existem para facilitar o acesso do autor à justiça. Ou seja, são situações nas quais o legislador, reconhecendo uma situação de maior fragilidade do autor, optou por auxiliá-lo e prestigiá-lo, permitindo o ajuizamento em foro que, em tese, lhe é mais favorável. Sendo assim, se por qualquer razão o autor optar por seguir a regra geral do domicílio do réu e não se valer da exceção, não há que se falar em acolhimento da preliminar de incompetência relativa. Contudo, isso não significa dizer que não será acolhida a incompetência relativa em hipóteses relativas ao art. 53 do CPC/2015.[58]

12.5. MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Iniciado um processo judicial, é possível que ele tenha sido ajuizado em local que não seja o correto, considerando as previsões legais. Nesse caso, está-se diante da incompetência.[59]

Contudo, se um processo foi ajuizado no foro competente é possível que, posteriormente, ocorra a alteração da competência?

Em regra, não. Mas há hipóteses em que isso ocorre. É o que se verifica neste capítulo.

12.5.1. *Perpetuatio jurisdictionis*

O Código prevê a *perpetuatio jurisdictionis*, isto é, a regra da perpetuação da competência.[60] Nesse sentido:

> “Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.”

Ou seja, a partir do *ajuizamento* da demanda (distribuição da petição inicial), fixa-se a competência. Poderia o legislador ter optado por outros critérios, mas foi esse o que constou do Código.

Mas, como se depreende da parte final do art. 43, somente existe a perpetuação no caso de competência relativa, pois, se o caso for de competência absoluta, então haverá a modificação da competência.

A *perpetuatio jurisdictionis* preceitua que, uma vez ajuizada a demanda, pouco importam posteriores alterações de fato ou de direito. Isso para evitar tumulto processual (observando a celeridade e razoável duração do processo) e para garantir a observância do princípio do juiz natural (o julgamento da demanda perante o juiz para o qual o processo foi inicialmente distribuído).

Como exemplo de alteração de “estado de fato”, temos a mudança de endereço de qualquer das partes durante a tramitação da causa: isso não acarreta a alteração da competência. Como exemplo de alteração do “estado de direito”, eventual alteração legislativa quanto à competência territorial após o ajuizamento da demanda.

Assim, nesses casos, essa modificação ocorrida é irrelevante para fins da competência para o julgamento da causa, ainda que as partes concordem com a alteração da competência.[61]

A regra é a *perpetuatio*, mas há exceções.

Haverá a modificação do juízo responsável quando houver a supressão do órgão jurisdicional. É possível que haja a extinção de uma determinada vara, seja para a criação de uma vara especializada, vara de Juizado Especial ou vara com outra competência. Se isso ocorrer, os processos em trâmite serão redistribuídos.

Também haverá a redistribuição quando se estiver diante de uma modificação de competência absoluta (ou seja, de competência em razão da matéria, pessoa ou função). Para ilustrar a situação, basta imaginar a especialização de uma vara (alteração da competência em razão da matéria[62]).

12.5.2. Conexão e continência

Há *conexão*[63] quando, em relação a duas ou mais demandas, for comum o pedido ou a causa de pedir. Assim, há conexão quando se tem a identidade de um dos elementos identificadores da demanda.[64]

Existe conexão em relação ao pedido no que diz respeito ao pedido mediato, ou seja, o bem da vida – e não quanto à providência jurisdicional pretendida (pedido imediato), que pode ou não ser idêntica nas duas demandas. Como exemplo, "X" ingressa em juízo buscando a declaração de que é o proprietário de um imóvel, ao passo que "Y" ingressa em juízo pretendendo obter a posse de referido imóvel. O bem da vida (imóvel) é o mesmo. Contudo, a providência jurisdicional pleiteada (declaração e condenação) é distinta. Nesse caso, existe conexão.

Há conexão pela causa de pedir considerando os fatos, e não a fundamentação jurídica. E isso é simples de se visualizar: não é porque duas demandas são fundadas no art. 186 do CC (responsabilidade civil) que haverá conexão entre elas. Como exemplo, um mesmo acidente de veículo envolvendo dois ou mais carros, com diversas ações indenizatórias distintas, inclusive com alegações de culpa divergentes. Considerando estar-se diante do mesmo fato, haverá a conexão.

A consequência concreta da conexão é a reunião dos processos, para que haja julgamento conjunto.[65] Isso com a finalidade de se evitarem decisões contraditórias (o que poderia ocorrer nos dois exemplos mencionados acima) e para se prestigiar a economia processual (especialmente sob a perspectiva de evitar que o juiz, servidores, partes e testemunhas tenham de, em mais de uma oportunidade, manifestar-se a respeito de um ponto já analisado pelo Judiciário). Assim, muito mais econômico do ponto de vista de recursos humanos e materiais que apenas um juiz aprecie quem é o titular de determinado bem, quem foi o responsável pelo acidente de veículo automotor.

Contudo, é certo que, se há a reunião de processos, aumenta a complexidade da causa (com mais alegações, mais provas e, eventualmente, mais partes), sendo certo que, do ponto de vista tempo e sob a perspectiva de cada um dos processos individualmente, a tramitação se alongará.

Só haverá a reunião de processos se ambos estiverem no mesmo grau de jurisdição. Assim, se um dos processos estiver em 1º grau e o outro, já

sentenciado, estiver no Tribunal para apreciação de recurso, não será possível a reunião.[66]

Existe *continência*[67] quando, em relação a duas ou mais demandas, estivermos diante de (i) mesmas partes, (ii) mesma causa de pedir e (iii) o pedido de uma das ações estiver contido no pedido da outra.

Ou seja, enquanto na conexão deve existir identidade em relação a *um* dos elementos identificadores, na continência deve existir em relação a *dois* dos elementos, além de um ponto comum em relação ao *pedido*.[68]

A conexão pode acarretar apenas a reunião dos processos, ao passo que a continência pode acarretar não só a reunião dos processos,[69] mas também a extinção de um deles, conforme o caso.

O critério para verificar se deve haver reunião ou extinção é lógico: se a ação que tiver o pedido mais amplo (ou seja, o pedido continente) for ajuizada antes, então na verdade a demanda posterior (que tem o pedido contido no outro) é uma repetição da primeira, em grau menor. Sendo assim, haverá a extinção do segundo processo. Ao contrário, se a ação menos abrangente for anterior, e assim a ação continente, que trará mais argumentos e pedido mais amplo, for posterior, a segunda demanda não poderá ser extinta, de modo que nesse caso a hipótese será de reunião.[70]

Sendo hipótese de reunião – seja por força da conexão ou continência – é de se verificar qual o critério para que isso ocorra. O Código[71] adota como critério para a reunião dos processos a *prevenção*, que pode ser definida como o modo de fixação da competência no caso de dois ou mais juízos relativamente competentes para o julgamento da mesma demanda.

Assim, diante de ações conexas ou continentes, deve-se apurar qual dos dois ou mais juízos é o prevento, de modo que nesse juízo é que ocorrerá a reunião dos processos para julgamento conjunto.

O critério para apurar a ocorrência de prevenção previsto no CPC/2015[72] é a *distribuição ou registro*.[73]

Mas qual a distinção entre registro e distribuição? Onde houver mais de uma vara, a petição inicial será distribuída (sorteio entre as diversas varas igualmente competentes[74]). Onde houver apenas uma vara, a petição inicial será atribuída ao próprio juízo – e, assim, registrado o seu ingresso no Judiciário.[75]

12.5.3. Acessoriedade

Outra hipótese que pode acarretar a modificação de competência relativa é a acessoriedade. Ou seja, a competência da ação acessória segue a competência da ação principal.[76]

Como exemplos: os embargos do devedor em relação à execução, a modificação de guarda em relação ao divórcio, a prestação de contas do inventariante em relação ao inventário, a revisional de alimentos em relação aos alimentos.[77]

Ainda que o Código trate como institutos distintos, é certo que a acessoriedade apresenta semelhança com a conexão (na verdade, a acessoriedade pode ser analisada como uma espécie de conexão). Afinal, se uma demanda é acessória a outra, é porque estamos diante de algum ponto em comum – seja a causa de pedir, seja o pedido.

Seja a ação acessória ajuizada antes ou depois da principal, competente será o foro da principal. Se for ajuizada posteriormente, não haverá maiores dificuldades, pois basta distribuir a segunda demanda por dependência. Se for ajuizada antes, aí é necessário ter-se maior cuidado, pois a verificação da competência levará em conta uma ação que ainda não foi ajuizada.

12.5.4. Foro de eleição

Em certos casos, é possível que os litigantes optem por escolher determinado foro como o competente para decidir a lide. Isso só é possível em se tratando de competência relativa e, mais precisamente, somente em relação à competência territorial e não quanto à competência em razão do valor.

A opção pelo foro de eleição deve ser por escrito, no contrato. Portanto, não se admite a forma verbal para fins de escolha do foro competente – a não ser que, posteriormente, essa escolha for ratificada por ambas as partes. Constante do contrato, o foro de eleição atinge também os sucessores do contratante, de modo a se ter segurança jurídica.

O mais usual é a definição do foro de eleição desde a elaboração do contrato, antes mesmo de surgir o litígio. Mas nada impede que, após o conflito ter sido deflagrado, mas antes do ajuizamento da demanda, as partes

optem por aditar o contrato para fazer constar (ou alterar) o foro territorialmente competente.

Não há necessidade de existir qualquer ponto comum entre o foro eleito e as partes (residência, domicílio ou atuação profissional). Assim, se duas empresas do Sul do País quiserem optar por dirimir um conflito empresarial, por exemplo, no RJ (porque há varas especializadas em direito empresarial nessa Comarca), isso é plenamente possível.

Limitando a autonomia da vontade das partes, prevê o Código[78] que o juiz poderá conhecer de ofício a "abusividade" da cláusula de foro de eleição. Quando isso ocorrer, deverá o magistrado remeter os autos ao foro competente, possivelmente o foro do domicílio do réu.[79] Isso excepciona a regra de que o juiz não se declarará incompetente de ofício quando se tratar de incompetência relativa.[80]

Contudo, o CPC/2015 não foi expresso a respeito do que seria essa abusividade da cláusula de foro de eleição. Buscando as origens do dispositivo, chega-se ao art. 112, parágrafo único do CPC/1973. No sistema anterior, em 2006 houve a inclusão de parágrafo que possibilitava o conhecimento de ofício da incompetência, desde que se tratasse de "nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão", ou seja, foro de eleição inserido em contrato de adesão firmado pelo consumidor, com esse foro prejudicando o consumidor. O CPC/2015 ampliou a possibilidade de conhecimento de ofício, saindo de apenas casos de consumidor, para tratar de qualquer caso em que há *abusividade*. Mas, repete-se a indagação: o que seria a abusividade?

Diante do silêncio legislativo, a casuística é quem resolverá essa omissão. Mas, como premissa, pode-se definir a abusividade a que se refere o artigo como a situação em que o *hipossuficiente* é *prejudicado com o foro de eleição*, pois a escolha *dificulta seu acesso à justiça ou a elaboração de sua defesa*.[81]

Se o juiz não reconhecer de ofício a abusividade da cláusula de foro de eleição, pode o réu trazer esse argumento ao elaborar sua defesa. E o momento oportuno para isso é a contestação, em preliminar.[82] Acolhida a alegação de incompetência, haverá a remessa dos autos ao juízo competente. Porém, se não houver essa alegação na contestação, estará preclusa a possibilidade de discutir a cláusula de eleição de foro.

12.6. INCOMPETÊNCIA

O presente tópico analisa o que ocorre na hipótese de incompetência.

Como já visto acima, (i) no caso de incompetência absoluta, o juiz deve se declarar incompetente de ofício e (ii) no caso de incompetência relativa, em regra, o juiz não deve se declarar incompetente.

Mas, sob a ótica do réu, qualquer que seja a incompetência (absoluta ou relativa), deve ser alegada em *preliminar de contestação.*[83]

No caso de incompetência absoluta, as consequências são as seguintes:[84]

> – não há preclusão (ou seja, pode ser alegada a qualquer tempo);
> – é possível ao juiz conhecê-la de ofício;
> – apresentada pelo réu a alegação de incompetência, será aberto o contraditório para o autor se manifestar;
> – acolhida a incompetência, os autos serão remetidos ao juiz competente;
> – rejeitada a incompetência, os autos permanecerão perante o mesmo juízo.

Reconhecida a incompetência absoluta, em relação às eventuais decisões já proferidas pelo magistrado incompetente, tem-se o seguinte:

> (i) em regra, serão conservados os efeitos da decisão já proferida pelo juiz absolutamente incompetente, até que nova decisão seja proferida pelo juiz competente;
> (ii) excepcionalmente, serão revogados, pelo próprio juiz que a prolatou, os efeitos da decisão proferida (ou por juiz substituto que atue no mesmo juízo).

Assim, se a decisão que reconhecer a incompetência for silente quanto ao tema, é de se concluir que permanecem válidas as decisões proferidas, até rerratificação pelo juiz competente. Portanto, o sistema prevê uma decisão válida e eficaz proferida por um juiz incompetente (mas que é investido na jurisdição), até confirmação por parte do juiz competente.

Em relação à incompetência relativa, apesar de ser a mesma forma de o réu a alegar, há distinções quanto às suas consequências:[85]

– há preclusão, denominada prorrogação; ou seja, o juiz relativamente incompetente, diante da inércia do réu, passa a ser juiz relativamente competente para apreciar a causa;
– em regra, não pode o juiz conhecê-la de ofício – salvo no caso de cláusula abusiva em foro de eleição;
– apresentada pelo réu, em preliminar de contestação, a alegação de incompetência, será aberto o contraditório para o autor, na réplica;
– acolhida a incompetência, os autos serão remetidos ao juiz competente;
– rejeitada a incompetência, os autos permaneceram perante o mesmo juízo.

Diferentemente do que se viu quanto à incompetência absoluta, não prevê o Código quais os efeitos de eventual decisão proferida por juiz relativamente incompetente.

Mas, se o CPC/2015 afirma expressamente que uma decisão proferida por juiz absolutamente incompetente segue surtindo seus efeitos até nova análise pelo juiz competente, seria incongruente não atribuir a mesma solução à incompetência relativa – que é muito menos grave, pois admite a prorrogação. Assim, apesar do silêncio legislativo, é de se concluir, por uma interpretação sistemática e finalística, que a regra do § 3º do art. 64 também se aplica à competência relativa.

Para sintetizar as distinções entre incompetência absoluta e relativa, vale conferir o quadro a seguir.



Tipo de	Conhecimento de	Forma de	Consequências

competência/Distinções	ofício pelo juiz (ou a parte precisa provocar?)	arguição pelo réu	da não arguição
Absoluta	Sim, de ofício (CPC/2015, art. 64, § 1º)	Preliminar de contestação (CPC/2015, art. 64)	Pode ser alegada / conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC/2015, art. 64, § 1º) Após coisa julgada, cabe rescisória (CPC/2015, art. 966, II)
Relativa	Não, a parte precisa provocar* (CPC/2015, art. 65) * possível o reconhecimento de ofício no caso de eleição de foro, com cláusula abusiva (CPC/2015, art. 63, § 3º)	Preliminar de contestação (CPC/2015, art. 64)	Prorrogação da competência (CPC/2015, art. 65)

12.7. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Como visto ao longo deste capítulo, são inúmeras as regras referentes à competência para julgamento das causas. Por causa disso, é possível – e, na verdade, até mesmo comum – que exista divergência entre os próprios juízes na verificação de qual o órgão jurisdicional competente.

Quando isso ocorrer, para evitar morosidade no julgamento da causa e nociva sequência de remessas e/ou devoluções de autos, há a figura do

conflito de competência (CC).

O CC é um incidente processual por meio do qual se verifica quem é o órgão jurisdicional competente para julgar determina demanda.[86]

Conflito *positivo*:[87] se dois ou mais juízes se declararem competentes para julgar determinada demanda, tem-se o conflito positivo de competência.[88]

Conflito *negativo*:[89] muito mais frequente que o conflito positivo, no conflito negativo de competência dois ou mais magistrados se consideram incompetentes para julgar determinada demanda.[90]

Somente há conflito se ambos os juízes efetiva e expressamente se manifestarem quanto à competência para o julgamento da causa. Assim, se em duas demandas forem proferidas decisões de alguma maneira contraditórias, mas não houver manifestação dos juízes quanto à competência, ainda não se configura o conflito.

Também é possível se cogitar de conflito se houver *controvérsia quanto à reunião ou separação de processos*.[91]. Esta hipótese, na verdade, se insere em uma das anteriores. Se o debate entre juízes é relativo à reunião (pois há continência), tem-se um conflito *positivo* (para fins de julgamento conjunto). Pelo outro lado, se a discussão é relativa à separação de processos (pois não é caso de continência), tem-se um conflito *negativo* (pois não se quer o julgamento conjunto).

[1]Por todos, Sérgio Luiz Monteiro Salles: "Por competência entende-se a medida da jurisdição" (*Breviário teórico e prático de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 68).

[2]Celso Neves define competência como "[...] a relação necessária de adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional [...] e atributo de capacidade para o exercício da jurisdição, decorrente de investidura legítima" (*Estrutura fundamental do processo civil.* 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 56). Esse também é o entendimento de Carlos Augusto de Assis, coautor deste livro.

[3]Vide item 6.13, em capítulo anterior.

[4]Vide Capítulo 11.

[5]Não se inclui nesse rol o Conselho Nacional de Justiça, pois apesar

de ser órgão do Poder Judiciário, não exerce jurisdição (CF, art. 92, I-A).

[6]Como se viu em relação ao *impeachment* ocorrido em 2016.

[7]Quanto ao tema, verificar o Informativo 522/STJ onde, por maioria, reconheceu-a possibilidade de conflito de competência entre árbitro e juiz: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE UM ÓRGÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E UMA CÂMARA ARBITRAL. É possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. Isso porque a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional". CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08.05.2013.

[8]Sobre a questão do caráter jurisdicional ou não da arbitragem, veja-se, também, Capítulo 9, item 9.2.

[9]Vide Capítulo 10, sendo que o tema é regulado, no CPC/2015, nos arts. 21 a 25.

[10]A divisão da competência brasileira, ora apresentada, é basicamente reprodução daquela existente no CPC 1973. Que é a adoção dos critérios propostos por Giuseppe Chiovenda, para a Itália. Esse autor propôs a divisão da competência em objetiva (em razão do valor e da matéria), territorial e funcional (*Instituições de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. II, p. 154). Porém, especialmente em relação à competência em razão do valor, a divisão se mostra inadequada para o Brasil – vide item 12.4.1.

[11]CPC/2015, art. 63, § 1º.

[12]CPC/2015, art. 54.

[13]CPC/2015, art. 64, § 1º.

[14]CPC/2015, art. 966, II.

[15]Para melhor compreensão do tema, vide Capítulo 11, que trata da estrutura jurisdicional brasileira.

[16]Como exemplos, Correios e Caixa Econômica Federal. As sociedades de economia mista não são julgadas pela Justiça Federal, mas pela Justiça Estadual. Assim, Banco do Brasil e Petrobras (que tem capital aberto, com ações negociadas na bolsa

de valores) são julgadas perante a Justiça Estadual. Nesse sentido, Súmula 517/STF: As sociedades de economia mista só tem foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente.

[17]Como exemplos, INSS e agências reguladoras, que são classificadas como autarquias especiais.

[18]Como exemplos, Fundação Oswaldo Cruz e fundações ligadas a Universidades.

[19]Como exemplos, OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e CFM (Conselho Federal de Medicina). Nesse sentido, Súmula 66/STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional.

[20]É possível se cogitar de intervenção anômala da União, sem que haja interesse jurídico (art. 5º, parágrafo único da Lei 9.469/1997). A respeito, cf. item 19.2 infra.

[21]Nesse sentido, Súmula 150/STJ: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

[22]CPC/2015, art. 4º, § 3º e Súmula 224/STJ*:* Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o juiz estadual a declinar da competência, deve o juiz federal restituir os autos e não suscitar conflito.

[23]CF, art. 109, I.

[24]CF, art. 109, I, parte final.

[25]No acidente do trabalho contra o INSS (fundado na Lei 8.213/1991, responsabilidade objetiva), a competência é da Justiça Estadual, com recurso julgado pelo TJ; por sua vez, no acidente do trabalho contra o empregador (fundado no CC, responsabilidade subjetiva), a competência é da Justiça do Trabalho, com recurso julgado pelo TRT. A respeito do tema, conferir Súmula Vinculante 22/STF: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

[26]CF, art. 109, § 3º.

[27]Isso porque a Justiça Federal é muito menos capilarizada que a Justiça Estadual, ou seja, está presente em muito menos cidades. Importante consignar que eventual recurso dessa causa será apreciado pelo TRF e não pelo TJ.

[28]Sérgio Luiz Monteiro Salles, op. cit. p. 73.

[29]Milton Paulo de Carvalho, *Teoria geral do processo civil*. Elsevier, 2010, p. 149.

[30]Ou primária.

[31]Ou derivada.

[32]CPC 2015, art. 516. O parágrafo único traz exceções.

[33]CPC/2015, arts. 948 e 949.

[34]Isso em atendimento ao comando da cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), reforçada pela Súmula Vinculante 10.

[35]O CPC/2015 permite que haja a correção da competência, se o ajuizamento ocorrer no tribunal equivocado (art. 968, §§ 4º e 5º).

[36]CF, art. 102, I.

[37]CPC/2015, art. 63, § 1º.

[38]Súmula 33/STJ: A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

[39]CPC/2015, art. 54.

[40]CPC/2015, art. 65.

[41]A existência de uma competência em razão do valor tem origem e se justifica na Itália (onde surgiu e foi a inspiração para o nosso sistema), mas não se mostra necessária e útil no Brasil atual.

[42]O limite é de 40 salários mínimos, conforme art. 3º da Lei 9.099/1995.

[43]E isso somente se aplica ao JEC, pois em relação aos demais juizados (JEF e JEFP), há obrigatoriedade de seu uso nas causas inferiores a 60 salários mínimos, tratando-se de competência absoluta funcional.

[44]Como a Lei de Locação (Lei 8.245/1991) e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/1995).

[45]Vide item 12.5.4. infra.

[46]Exemplos de demandas fundadas em direito pessoal: alimentos e quaisquer ações de família, indenização por dano material ou moral

em geral, problemas decorrentes de compra e venda etc.

[47]Exemplos de demandas fundadas em direito real: possessórias, usucapião e reivindicatória.

[48]Como exemplos de demandas fundadas em direito real sobre bens móveis, podemos citar usucapião de qualquer bem móvel (como de carro ou outro veículo) e possessória de bem móvel – ou seja, busca e apreensão de qualquer bem móvel, algo muito comum em relação a veículos.

[49]CPC/2015, art. 65.

[50]CPC/2015, arts. 337, II, e 340.

[51]Nesse rol estão incluídas as ações que discutam, sempre em relação a bem imóvel: direito de propriedade (reivindicatória e imissão na posse), vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras, nunciação de obra nova, possessórias, adjudicação compulsória, desapropriação, usucapião etc.

[52]"§ 1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova."

[53]Como exemplos, podemos destacar, em relação a bens imóveis: comodato, arrendamento (imóvel rural), locação (imóvel urbano).

[54]Sugere-se ao leitor a leitura dos arts. 48 e ss. do CPC/2015. Para uma análise mais profunda, cf. GAJARDONI, Fernando et al. *Teoria geral do processo*. Comentários ao CPC 2015. São Paulo: Método, 2015.

[55]"Art. 53. É competente o foro:I – para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:a) de domicílio do guardião de filho incapaz;b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;II – de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;III – do lugar:a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu;c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica;d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;e) de

residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto;f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;IV – do lugar do ato ou fato para a ação:a) de reparação de dano;b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios;V – de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves."

[56]Como é o caso do inciso II.

[57]Como se vê no inciso III, *a*.

[58]Basta imaginar uma situação em que há previsão de ajuizamento no domicílio do autor (São Paulo), sendo que o réu reside em uma cidade (Campinas), mas trabalha em outra (Sorocaba). Nesse caso, se a demanda for distribuída em Sorocaba e for alegada a incompetência, esta será reconhecida. Afinal, o local do trabalho do réu não seria, no caso, uma situação de competência prevista na legislação.

[59]Vide item 12.6 abaixo.

[60]Mais adequado do que se falar em perpetuação da jurisdição.

[61]Como exemplo, imaginemos o ajuizamento de uma "ação condenatória" no Rio de Janeiro, domicílio do réu. Seis meses após a tramitação da causa, o réu se muda para Florianópolis, domicílio do autor. Autor e réu peticionam ao juízo do Rio, requerendo a remessa dos autos para Florianópolis. Pela *perpetuatio*, isso não é possível.

[62]Como exemplo, a seguinte situação: em determinada Comarca existia uma vara cível; com o crescimento da Comarca, houve a criação de uma vara de família e sucessões. As causas de divórcio que tramitavam na 1ª Vara Cível passaram a tramitar perante a 1ª Vara de Família.

[63]CPC/2015, art. 55.

[64]Se houver identidade de todos os elementos identificadores, estaremos diante de uma ação idêntica, o que acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito, por litispendência ou coisa julgada (art. 337, §§ 1º a 4º). Havendo identidade de algum(ns) dos elementos identificadores, é possível que haja conexão ou continência.

[65]Observe-se, porém, que o CPC/2015 prevê, ainda, a possibilidade de reunião, mesmo sem conexão, desde que o julgamento em separado dos processos possa gerar risco de decisões conflitantes ou contraditórias (art. 55, § 3.º).

[66]É o que do art. 55, § 1º, parte final – que é positivação da Súmula 235/STJ: A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

[67]CPC/2015, art. 56.

[68]Como exemplo, basta imaginar uma relação contratual, em que a parte "A" ingresse em juízo buscando a nulidade de uma cláusula, ao passo que a parte "B" vai ao Judiciário pleiteando a nulidade de todo o contrato. São as mesmas partes e o mesmo contrato (causa de pedir). Mas o pedido da 1ª demanda (nulidade de uma cláusula) está contido no pedido da 2ª demanda (nulidade de todo o contrato). Tem-se, portanto, uma situação de continência.

[69]Porém, se um dos processos já tiver sido julgado, então não haverá a reunião. Apesar de não haver previsão legal nesse sentido, deve-se aplicar a regra prevista para a conexão (art. 55, § 1º, parte final, aplicável por analogia).

[70]Para ilustrar, voltemos ao exemplo antes exposto. Se a ação que pedir a nulidade total do contrato for proposta anteriormente, a ação seguinte (que busca a anulação de somente uma cláusula) estará integralmente contida na anterior e, assim, será extinta. Por seu turno, ao contestar o pedido formulado na ação anterior, poderá a parte concordar com a anulação da respectiva cláusula, mas não das demais.

[71]Art. 58.

[72]Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo. No CPC/1973, havia dualidade de critérios (arts. 106 e 219 do Código anterior), o que causava divergência; assim, no NCPC o problema não mais existe.

[73]Trata-se do mesmo critério para fins de *perpetuatio jurisdictionis*.

[74]CPC/2015, art. 285.

[75]CPC/2015, art. 284.

[76]CPC/2015, art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.

[77]No sistema do CPC/1973 o grande exemplo de acessoriedade era a cautelar em relação ao processo principal. Ainda que não haja mais o processo cautelar no CPC 2015, há no sistema a "tutela provisória antecedente", portanto ajuizada antes da "ação principal" (art. 294, parágrafo único), e cuja competência será do "juízo competente para conhecer do pedido principal" (art. 299).

[78]CPC/2015, art. 63, § 3º.

[79]Por ser, como já visto, uma das regras de fixação de competência do CPC/2015 (vide item 12.4.1.).

[80]CPC/2015, art. 65.

[81]CDC, art. 51, I.

[82]CPC/2015, art. 337, II.

[83]CPC/2015, art. 337, II. Vale destacar que, no CPC/1973, incompetências absoluta e relativa eram impugnadas de forma distinta – o que, portanto, não mais acontece no CPC/2015.

[84]CPC/2015, art. 64, §§ 1º a 4º.

[85]CPC/2015, art. 64, §§ 1º a 4º, e art. 65.

[86]Previsto nos arts. 66 (quanto ao cabimento) e 951 e ss. (quanto ao procedimento) do CPC/2015.

[87]CPC/2015, art. 66, I.

[88]Exemplo: um juiz, por força da conexão entre duas demandas, entende ser o prevento e oficia ao colega requerendo a remessa dos autos. Ao receber o ofício, o segundo magistrado entende que na verdade ele é o prevento, e portanto se opõe à remessa dos autos.

[89]CPC/2015, art. 66, II.

[90]Exemplo: situação de conexão em que o juiz remete um processo para outro magistrado, por força da prevenção. Ao receber os autos, o magistrado entende que a prevenção na verdade é de seu colega, então igualmente entende ser incompetente.

[91]CPC/2015, art. 66, III.

13

AÇÃO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

13.1. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO

A ação sempre foi um tema fascinante para o estudioso do processo. Na realidade, o próprio desenvolvimento histórico do direito processual como uma ciência autônoma se deve, em boa medida, às discussões que foram travadas a respeito de ação.

É assim que, para podermos chegar a uma noção mais precisa do que vem a ser ação e qual a sua natureza jurídica, temos que passar por um exame histórico, ainda que breve.

13.1.1. A teoria imanentista (ou civilista) da ação

Comecemos, portanto, da época mais remota, em que não se tinha consciência da autonomia do processo. É nesse período que vamos encontrar a corrente de pensamento que defendia ser a ação mera expressão do próprio direito subjetivo. Costuma-se mencionar tal corrente como *imanentista* pelo entendimento de que a ação era imanente (inerente) ao próprio direito subjetivo.

Exemplo eloquente dessa visão era a afirmação de Unger que a ação era

"*o direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação*".[1] Como bem destaca Cândido Dinamarco,[2] o art. 75 do antigo Código Civil refletia esse pensamento quando dispunha que "*a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*".

Como explicava Chiovenda, para essa doutrina, a ação era encarada "*como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder inerente ao direito, de agir à violação, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência a atuar*".[3]

Esse entendimento tinha raízes na concepção romana de *actio*, em que não havia distinção entre "ter direito" e "ter ação". Ocorre que, como bem notou Liebman, havia aqui uma curiosa inversão. Para os romanos não havia o conceito de direito subjetivo, e sim o de *actio*, que era o meio para defesa de seus interesses. Não se dizia que o indivíduo tinha um direito e sim uma *actio*. A teoria imanentista, ao contrário, falava na ação como elemento integrante do direito subjetivo (sua face ativa).[4]

Essa concepção, que tinha no romanista Savigny o grande defensor, era amplamente dominante até meados do século XIX.[5] E foi justamente uma polêmica sobre o conceito de *actio* no direito romano que abriu caminho para uma revisão do pensamento sobre a natureza da ação na época contemporânea.

Referimo-nos à famosa polêmica entre Windscheid e Muther,[6] ocorrida em meados do século XIX. Windscheid destacou que a ação contemporânea não se confundia com a *actio* romana (que seria equivalente à *Anspruch* – pretensão de direito material). A ideia de Muther, por outro lado, de que a *actio* era o direito "contra o magistrado à concessão da fórmula" acabou servindo de base para uma nova concepção de ação, dirigida contra o Estado, distinta do direito subjetivo discutido em juízo.[7] A partir daí a teoria imanentista começou a ser repelida por vários autores.

13.1.2. Teoria da ação como direito concreto

A percepção da ação como algo distinto do direito subjetivo levou ao reconhecimento de sua autonomia. Esse reconhecimento não significou,

porém, para toda a doutrina, que não houvesse relação de dependência entre o direito deduzido e a ação.

Com efeito, após o imanentismo, nasce de um lado a teoria da ação como direito concreto, que pode ser resumida na ideia de que só tinha ação quem tinha o direito a um provimento favorável. A partir dessa concepção básica, temos variantes ao sabor da posição particular de cada autor.

Vejamos, primeiramente, o alemão Adolf Wach, que desenvolveu sua teoria em 1885. Ele concebia a ação como um direito subjetivo público **contra o Estado**, mas dependente de uma **sentença favorável**. Wach desenvolveu um inteligente argumento para demonstrar a autonomia da ação que era o da ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Não se poderia falar em direito subjetivo, porque ela se baseia justamente na inexistência do direito.[8]

Outro autor, influenciado por Wach, que aderiu à teoria concreta foi Chiovenda. Chiovenda, que apresentou sua teoria de base concretista em 1903, defendia, porém, que a ação era dirigida contra o adversário e não contra o Estado. A ação, na concepção do jurista italiano, era fundamentalmente um poder de fazer atuar a jurisdição contra o adversário, que não podia evitar de sujeitar-se a ela. A ação era, assim, um típico direito potestativo. Nas próprias palavras de Chiovenda, seria "[…] *um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei*".[9]

Vários outros autores podem ser destacados como sendo partidários da teoria concreta, como Bulow, Schmidt, Hellwig e Pohle.[10]

13.1.3. Teoria da ação como direito abstrato

Por outro lado, também na Alemanha, nasce a teoria que levaria a autonomia às últimas consequências.[11] Não é por outro motivo que Crisanto Mandrioli afirma que a abstração é um "corolário da autonomia da ação".[12]

Realmente, dizer que a ação não depende da existência de qualquer direito subjetivo é ir um passo além da ideia de que a ação não se confunde com o direito subjetivo. É assim que o cerne da teoria abstrata estaria no fato de que a ação seria um direito não só autônomo, mas *independente* de a

sentença ser ou não favorável.

Essa mesma concepção de que a teoria da ação como direito abstrato representa um passo além nós encontramos no abstratista Eduardo Couture, quando afirma que o caminho trilhado por Wach foi completado por Degenkolb.[13] Realmente, a doutrina em geral reconhece nesse outro autor alemão a primazia da criação da teoria abstrata, o que ocorreu mais ou menos simultaneamente às conclusões do húngaro Plòsz, ambas em 1877.

Curioso observar que Degenkolb, que concebeu essa forma mais avançada de enxergar a ação, acaba, anos mais tarde, retrocedendo, ao afirmar, segundo noticia Chiovenda, que *"um direito de agir, correspondente não a quem tem razão, mas a qualquer que a creia ter não é um direito subjetivo, senão mera faculdade jurídica"*.[14] Ele afirma, mais tarde, que o autor, para ter "ação" deveria, pelo menos, acreditar ser titular do direito. Essas oscilações demonstram como o tema era – e ainda é – objeto de discussão e passível de visões diferenciadas, de acordo com o ângulo em que se posta o observador. A grande contribuição de Degenkolb, porém, acabou sendo a sua primeira publicação, que revela a teoria abstrata na sua pureza.

Na essência, essa teoria destacava o fato, de fácil constatação, de que se o indivíduo que fizesse uso do processo (portanto, provocasse a atividade jurisdicional) viesse, a final, a perder a demanda, teria feito uso de algo. Esse algo era, naturalmente, a própria ação, que não dependia de resultado favorável para ser exercida.

Nesse contexto, a ação seria um direito de provocar a atividade jurisdicional, independentemente do resultado. Eduardo Couture diz, literalmente, que ação é *"um direito à jurisdição"*.[15] Alfredo Rocco, outro abstratista famoso, fala na ação como um direito público subjetivo à intervenção do estado e que não dependeria nem mesmo da crença na titularidade de um direito subjetivo material, bastando a mera referência ao *interesse primário protegido*.[16]

No Brasil, essa teoria acabou tendo grande penetração, sobretudo na formulação de Enrico Tullio Liebman. Esse autor, de destacada influência em terras brasileiras, também nega que a ação dependa de um julgamento favorável. Aduz, porém, que sempre que se provoque a atividade do Judiciário se estará exercendo ação, no sentido técnico-processual. Para Liebman, o autor só teria ação (processualmente falando) se alguns requisitos mínimos estivessem presentes, quais sejam a possibilidade jurídica da

demanda, o interesse processual e a legitimidade *ad causam* (referidas condições da ação serão tratadas em capítulo à parte).

O detalhe acrescentado por Liebman (a sujeição às condições da ação) é bastante significativo, a ponto de vários autores referirem-se à sua teoria como sendo eclética,[17] o que é enfaticamente negado por Cândido Dinamarco. Para Dinamarco, a formulação de Liebman veio a corrigir determinados exageros da teoria, mas não deixaria de ser "abstrata" porque não condiciona a ação à existência do direito.[18]

Assim, na esteira de Liebman, a ação não seria propriamente um amplo direito à jurisdição, mas sim o direito a um provimento de mérito.[19] Como um dos fiéis seguidores de Liebman no Brasil, destaque-se, entre outros, Cândido Dinamarco. Ressalte-se, porém, que Dinamarco, atualmente, sem negar a formulação de Liebman, desenvolveu uma posição que nos parece mais conciliatória, vislumbrando o que chama de *escalada de situações*, havendo um primeiro momento (*ação não exercida*), em que existe o simples direito ao processo, que vai se intensificando, dando o direito a uma série de poderes para realização de atos de participação no processo (*ação em fase de exercício*), até chegar ao direito a um provimento sobre a pretensão deduzida (*ação exercida*).[20]

A doutrina brasileira amplamente dominante norteia-se pela teoria abstrata, seja na formulação de Liebman (independentemente de se denominar ou não de eclética), seja na sua formulação pura, original, como se nota em Kazuo Watanabe.[21]

13.1.4. Algumas conclusões sobre a natureza jurídica da ação

A conceituação de ação, como se pode perceber, passa pela tomada de posição a respeito das teorias visitadas nos itens anteriores. Antes de firmar nossa posição pessoal, devemos destacar que, hoje em dia, há forte tendência no sentido de minimizar essas divergências. O enfoque que deve ser privilegiado, em termos de ação, diz respeito à sua aptidão para proporcionar, da melhor forma possível, a promessa constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Nesse sentido, as divergências em termos de natureza jurídica da ação, ainda existentes, hoje em dia, não podem ser exacerbadas.

De fato, com exceção da teoria imanentista, fruto de uma época em que o direito processual carecia de desenvolvimento científico, as demais têm justificação teórica possível.[22] Nesse sentido vemos as ponderações de autores como Alexandre Freitas Câmara, afirmando que cada uma analisa sob um determinado ângulo o fenômeno da iniciativa de provocar a atividade jurisdicional: o poder de demandar (teoria abstrata), o poder de ação (direito a uma sentença de mérito – teoria de Liebman) e o direito à tutela jurisdicional (assegurado a quem tem razão – teoria concreta).[23]

Outra ressalva que deve ser feita é que, independentemente da teoria que cada um adote, não se pode ignorar a conformação dada pelo nosso direito positivo, fortemente influenciado, como se sabe, pela doutrina de Liebman. Essa influência era bem mais visível no CPC de 1973, mas ainda encontramos reflexos no CPC de 2015. Moniz Aragão, tratando do tema à luz do CPC de 1973, advertia não ser possível interpretar o direito positivo brasileiro nessa matéria com base na teoria de Chiovenda, por exemplo.[24] A despeito das diferenças sensíveis no tratamento da matéria no CPC de 2015, cremos que tal advertência continua atual, visto que no CPC de 2015 as condições da ação (interesse processual e legitimidade) efetivamente não integram o mérito. Com efeito, ainda que a estruturação do CPC de 2015 em relação a esse tema não seja idêntica, permanece válida a lição de que o juiz só irá julga o mérito se estiverem presentes as condições da ação (art. 485, VI, NCPC).

Feitas essas observações, manifestamos nossa adesão à teoria abstrata, na sua formulação original, isto é, como direito incondicionado a uma prestação jurisdicional.[25] Isso não significa ignorar o nosso direito positivo, pois, como assevera Kazuo Watanabe, as condições da ação não são inconciliáveis com essa corrente doutrinária. Numa perspectiva abstratista pura as condições da ação "seriam 'condições' para o *julgamento do mérito da causa*, impostas basicamente por razões de economia processual, e não condições para a existência da ação".[26] Aliás, fica mais fácil conciliar essa teoria à luz do CPC de 2015, visto que ele não fala mais em "carência de ação" no caso de falta de condição da ação, como fazia o CPC de 1973. Aliás, o novo CPC nem utiliza mais a expressão "condições da ação".

Por outro lado, tratando de natureza jurídica, se é certo que a ação não se confunde com o direito subjetivo material, há alguma dúvida se ela é um direito ou um poder. Para Dinamarco, tanto a ação quanto a defesa são mais

bem definidas como poderes, isto é, "*capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia*".[27] Realmente, o exercício da ação gera o dever de prestar jurisdição tanto para o autor quanto para o réu, e envolve um *conjunto de situações*, que gera oportunidades e expectativas. Ademais, esse dever se refere a algo que interessa ao próprio Estado, que é a realização da pacificação social.[28]

É comum, porém, referir-se à ação como um direito, embora sem os limites restritos do direito obrigacional, que não se confunde com o direito subjetivo material. Desde que se tenha essa dimensão, não vemos maior repercussão prática na distinção.[29]

13.2. CARACTERES DO DIREITO DE AGIR. O CONCEITO DE AÇÃO

Tudo quanto foi discutido nos itens anteriores irá informar as caracterizações que faremos a seguir, bem como o conceito de ação. Observe-se que, para efeito didático, procederemos à caracterização da ação como um "direito", embora entendamos que a sua configuração como "poder" expressa melhor a realidade.

Feita essa observação preliminar, podemos passar à definição dos caracteres do direito de agir, em conformidade com a teoria que adotamos.

a) Direito público

A caracterização da ação como direito público leva em consideração o fato de se tratar de uma exigência de prestação jurisdicional feita ao Estado. Não se trata de direito exigível contra o juiz, como parecera a Carnelutti.[30] O juiz é agente do Estado e é nessa qualidade que atua no processo. Assim, se o juiz deixar de exercer suas funções no processo, seja por aposentadoria, promoção ou qualquer outro motivo, a relação derivada do exercício do direito de agir em nada ficará alterada.

A ação, nessa perspectiva, tem natureza constitucional, correspondendo à promessa do Estado de prestar jurisdição, expressa no art. 5º, XXXV, da CF. De fato, como sabido, o Estado proibiu a autotutela (salvo algumas poucas exceções) e, em contrapartida, assumiu o dever de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito, sempre que para isso for invocado. Não

há como negar que, nesse particular, a ação está intimamente ligada ao acesso à justiça, que é uma das maiores preocupações do processualista contemporâneo.

b) Direito subjetivo

Novamente reafirmando nossa ressalva anteriormente feita, quanto a tratar-se de verdadeiro poder, a caracterização como direito subjetivo parte da premissa de que fica a líbito da parte exercer ou não o direito de agir. Em contrapartida, exercido o direito, irá gerar o dever (do Estado, como vimos) de prestar jurisdição.

c) Direito autônomo

Essa concepção de autonomia da ação pode ser considerada uma conquista do direito processual como ciência. Como vimos no capítulo anterior, podemos considerar assentada entre os juristas a ideia de que a ação é coisa diversa do direito subjetivo material. A maneira mais fácil de se demonstrar essa tese é através da ação declaratória negativa, em que ação é exercida justamente para se evidenciar que não existe uma relação jurídica material.

d) Direito abstrato

Nosso posicionamento, acima mencionado, importa considerar a ação não apenas como autônoma, mas, também, abstrata, isto é, existe independentemente de o autor ter ou não razão. Dentro da teoria abstrata, somos favoráveis à concepção original, pura, sem o condicionamento sugerido por Liebman. A nosso ver essa concepção capta melhor o fenômeno na sua inteireza. Em outras palavras, quando se provoca o Judiciário automaticamente surge uma variada gama de faculdades, poderes, deveres, ônus e sujeições. Isso ocorrerá independentemente de estarem presentes as condições para que haja um provimento sobre pretensão deduzida. A ação, como expressa o art. 312 do CPC, considera-se proposta quando a petição inicial for protocolada. A falta de interesse processual ou legitimidade de parte autoriza o juiz a proferir sentença (art. 485, VI), extinguindo o processo (arts. 316 e 354). Ora, se houve processo, que é instrumento da jurisdição, a ação foi exercida, e, portanto, tivemos ação, processo e jurisdição, mesmo na falta de uma das condições da ação.[31]

e) Direito instrumental

O caráter instrumental deriva da própria ideia de que a jurisdição existe para a atuação do direito material. Com efeito, o fato de entendermos que a ação existirá independentemente da procedência da pretensão deduzida em juízo (abstração) não significa que ela possa ser exercida sem referência a direito algum. A ação é exercida para possibilitar o exercício da jurisdição em função de uma determinada situação de direito material referida pela parte.[32]

É nesse sentido que observamos em Cintra, Grinover e Dinamarco a afirmação de que a ação tem caráter instrumental na medida em que "*sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material*".[33]

Considerando tudo quanto foi exposto em relação à natureza jurídica e às características da ação, podemos defini-la como o direito público subjetivo, abstrato e instrumental de provocar o Poder Judiciário para pleitear uma tutela jurisdicional.

13.3. ELEMENTOS DA AÇÃO (OU DA DEMANDA)



A primeira observação que temos de fazer, antes de desenvolver o tema, tem viés conceitual. De fato, acabamos de definir ação como direito público, autônomo, incondicionado. A ação, nesse conceito, é um poder que genericamente todos têm, inclusive aqueles que jamais pleitearam algo perante o Judiciário.

Na verdade, quando falávamos em elementos da ação estamos nos referindo à "ação concretamente exercida", conforme ensinava Celso Neves.[34] Com efeito, enquanto poder genérico de provocar o exercício da

atividade jurisdicional, não há como se identificarem elementos da ação. O direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional é indistinto. Só podemos entrever as distinções que agora iremos examinar na ação concretamente exercida. Por outro lado, o exercício da ação dá-se pela demanda. De fato, como bem conceitua Barbosa Moreira, "*chama-se demanda ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional*".[35] Somente quando alguém age em juízo, narrando uma determinada situação concreta e pleiteando em função disso um provimento jurisdicional, *i.e.*, *propõe a demanda*, é que se torna possível identificar os elementos da ação. Em outras palavras, estamos tratando, na realidade, dos elementos da demanda. É nesse sentido que podemos dizer que a demanda de uma pessoa "A" não se confunde com a demanda da pessoa "B". Se apenas um dos elementos da demanda é diferente, trata-se de nova demanda.

13.3.1. Partes

Mas, quais são esses elementos da demanda? O primeiro desses elementos são as partes. As partes na demanda são o **autor** (aquele que formula uma pretensão em juízo) e o **réu** (aquele em face de quem se formula tal pretensão). Vale reproduzir a conhecida definição de Chiovenda: "*Parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada*".[36] Considerando que autor e réu são denominações reservadas ao processo de conhecimento, podemos dizer, mais genericamente, que as partes são o **demandante** (no lado ativo) e o **demandado** (no lado passivo). Essa denominação é suficientemente abrangente para abrigar também as figuras, por exemplo, do exequente e do executado, no processo de execução.

13.3.2. Causa de pedir

Em seguida, temos a causa de pedir (*causa petendi*). Ela deve ser entendida como o motivo que levou o demandante a pleitear algo perante o Judiciário. Assim, se alguém pleiteia o despejo de outrem, o motivo pelo qual ele o faz é a existência de um contrato de locação e, também, a ocorrência de um fato que a lei indica como autorizador do pedido de despejo (como a falta

de pagamento, a infração contratual etc.).

Segundo voz corrente na doutrina, a causa de pedir pode ser dividida em causa remota (fatos que deram origem ao pleito) e causa próxima (fundamentos jurídicos).[37] O Código de Processo Civil acaba endossando a divisão apresentada quando diz, ao tratar da petição inicial, que o autor deverá apresentar a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III).[38] Essa mesma dicção se encontrava no CPC de 1973 e, por fazer menção aos fatos, enxergava a doutrina majoritária que tal se afiguraria adesão à teoria da substanciação.[39] Acredita-se que esse entendimento deverá ser mantido à luz do novo CPC.[40]

A teoria da substanciação implica a predominância dos fatos em matéria de causa de pedir. Não basta indicar ser credor (para formular pedido de cobrança), é necessário explicar por que o demandante se tornou credor (*v.g.*, porque havia emprestado um determinado valor ao devedor e não foi pago). Não é suficiente indicar ser proprietário (para reivindicar o bem imóvel), é mister explicar o que o tornou proprietário (se ele comprou, ganhou, usucapiu, recebeu por sucessão etc.). É diferente da teoria da individuação, em que a vinculação se encontra na fundamentação jurídica e não nos fatos.

A opção pela teoria da substanciação traz importantes consequências práticas. Na premissa da teoria da substanciação o juiz fica vinculado aos fatos que compõem a causa de pedir, mas não à qualificação jurídica dada a tais fatos. Assim, se uma pessoa narra uma situação em que foi forçada a assinar um contrato e pede sua anulação por erro, nada obsta a que, demonstrados os fatos, o juiz julgue procedente a demanda para anular o contrato, mesmo que sob a fundamentação de coação. O juiz não podia tomar em consideração outros fatos que não os narrados como base para o pedido, mas pode perfeitamente corrigir a qualificação jurídica dada pelo autor. Como o pedido formulado (anulação) é compatível com a narrativa fática apresentada, não há obstáculo para a correção do enquadramento jurídico. Outro exemplo:[41] uma pessoa compra um bilhete de trem e vem a sofrer um acidente. Para a teoria da substanciação não interessa se a pessoa pede indenização com base em responsabilidade extracontratual. O juiz pode perfeitamente conceder a indenização com base em responsabilidade contratual.

Importante registrar, como já anotava Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ainda à luz do CPC de 1973, que embora a qualificação jurídica dada pelo

autor aos fatos possa ser diferente daquela entendida pelo juiz, se este pretender decidir a causa com base em fundamento até então não discutido, deverá dar oportunidade de as partes se manifestarem a respeito, sob pena de desrespeito ao princípio do contraditório.[42],[43] Essa ideia já era perfeitamente sustentável à luz do CPC de 1973, mas, agora, com o CPC de 2015, trata-se de decorrência necessária e indiscutível dos expressos dispositivos acerca do contraditório efetivo (arts. 9º e 10).

Outras situações apresentam-se úteis para entendermos esse alcance. Luiz Fux, por exemplo, argumenta que, considerando dar-se a vinculação apenas no tocante aos fatos alegados e não à categoria jurídica sugerida, se alguém narra os mesmos fatos e faz o mesmo pedido, já rejeitado anteriormente, sob outra qualificação jurídica (mudando, por exemplo, de erro para dolo), há violação da coisa julgada.[44] Aqui há repetição da mesma demanda julgada anteriormente, visto que os elementos são os mesmos, inclusive a causa de pedir (visto que a sua caracterização se dá pelos fatos narrados e não pela categoria jurídica indicada).

13.3.3. Pedido

Por fim, temos o objeto da demanda, que é o pedido formulado. Esse pedido deve ser considerado sob duas vertentes: o pedido imediato, que é um provimento jurisdicional, e o pedido mediato, que é o bem da vida almejado pela parte. Assim, numa ação de despejo, temos o pedido imediato de rescisão do contrato de locação com consequente determinação para que o réu desocupe o imóvel, e como pedido mediato o retorno do autor à posse do imóvel que fora alugado. Se o credor vai a juízo cobrar a dívida não paga, teremos como pedido imediato a condenação (o provimento condenatório) e como pedido mediato o pagamento da dívida (bem da vida pretendido).

O pedido, conforme dispõe o NCPC, deve ser certo (art. 322) e também determinado (art. 324). Isso significa que o autor, como regra, deve não apenas indicar com precisão qual é o objeto da demanda, mas, também, especificar a quantidade daquele bem da vida (por exemplo, fazer constar na sua petição inicial que se pretende a condenação ao pagamento do valor de X reais). Como regra, portanto, não se pode formular pedido genérico. Entretanto, é esse mesmo art. 324 que no parágrafo primeiro permite seja apresentado pedido genérico nas hipóteses ali discriminadas. O pedido

poderá ser genérico porque a parte não teria condições de indicar o valor naquele momento. As hipóteses são: (a) ações universais, se não tiver o autor condições de identificar quais os bens que compõem aquela universalidade (imagine-se alguém que pleiteia uma herança e não sabe exatamente tudo o que compõe aquela herança); (b) caso de ato ilícito em que as consequências ainda não são passíveis de determinação (suponha-se que alguém é atropelado e, além de outros danos cuja reparação ele pretende obter, requer o ressarcimento pelo tratamento médico a que ele ainda está sendo submetido, cujo montante, portanto, não se sabe a quanto vai chegar); (c) caso de a determinação do valor da condenação depender de ato do réu (*v.g.*: ação de exigir contas, em que as contas precisam antes ser mostradas para que, então, se proceda à satisfação daquele crédito).

13.3.3.1. Cumulação de pedidos

Conforme já foi explicado anteriormente, a alteração de qualquer um dos elementos da demanda implica demanda diversa. A demanda em que se pleiteia despejo com base em falta de pagamento não se confunde com a demanda em que se pede despejo com base em infração contratual (mesmo que idênticas sejam as partes, digam respeito ao mesmo imóvel e com relação ao mesmo contrato de locação). Baseados nessa mesma premissa, podemos dizer que a pluralização de um dos elementos da demanda acarretará a pluralidade de demandas. No exemplo que acabamos de mencionar, se o despejo é pleiteado com base na falta de pagamento e também com base em infração contratual teremos duas demandas, ainda que apresentadas conjuntamente, numa cumulação (de demandas).

Essa cumulação pode ocorrer mediante a pluralização de qualquer dos elementos da demanda. No tocante à cumulação de demandas pela apresentação de mais de um pedido, o legislador processual traz um regramento específico, cujas linhas básicas vamos agora analisar.

A primeira a ser tratada é a cumulação simples de pedidos (art. 327), pois suas regras servem de base para as demais formas. Nela se apresenta mais de um pedido, em um mesmo processo, contra um mesmo réu. Nesse caso o autor pretende obter todos os pedidos que tiver formulado. Note-se que esses pedidos não precisam ser conexos, podendo, por exemplo, pedir a condenação do réu a pagamento de certo valor derivado da soma da

indenização devida por força de ato ilícito e da importância devida em razão de uma obrigação contratual inadimplida. Desde que se trate do mesmo réu, não há óbice para a cumulação.

Mas, para que tal seja possível, a lei exige compatibilidade entre os pedidos (isto é, os pedidos não podem ser contraditórios entre si), competência do juízo para conhecer de todos eles e adequação dos pedidos ao mesmo tipo de procedimento (art. 327, § 1º). No que se refere ao último requisito, porém, admite-se que mesmo havendo previsão de tipos diversos de procedimento para os pedidos que se pretende apresentar, haja a cumulação, desde que se opte por utilizar para todos eles o procedimento comum (art. 327, § 2º).

Também encontramos regulada a cumulação alternativa de pedidos (art. 325). Nesse caso a parte apresenta mais de um pedido, mas não pretende obter a satisfação de todos eles. A satisfação ocorrerá pela condenação ao cumprimento de qualquer dos pedidos. Temos essa situação, por exemplo, no caso de obrigação alternativa (art. 252, CC), em que o devedor se desobriga prestando uma coisa ou outra.[45]

Um pouco diversa é a cumulação subsidiária de pedidos, em que o autor formula um pedido principal, mas apresenta também outro, para o caso de o primeiro não poder ser satisfeito (art. 326). Assim, o autor pretende a anulação do casamento, mas, caso isso não seja possível, pleiteia, subsidiariamente, o divórcio. Note-se que o requisito da compatibilidade de pedidos não se aplica a essa forma de cumulação (art. 327, § 3º). Nesse caso existe uma preferência pelo primeiro pedido (o principal), só se admitindo o segundo (o subsidiário) na impossibilidade de atendimento do primeiro.

Apesar de não haver previsão específica na lei, a doutrina também identifica a cumulação sucessiva, em que o autor quer todos os pedidos que pleiteia, mas há uma dependência lógica entre eles, de sorte que não será possível julgar procedente o subsequente se o antecedente não for acolhido. Imagine-se, por exemplo, o caso de cumulação de pedidos de reconhecimento de paternidade e condenação em alimentos. A condenação em alimentos pressupõe o reconhecimento da paternidade, nem sendo cabível atender o subsequente sem atender o antecedente.

13.3.4. Identificação dos elementos da

demanda. A importância prática dos elementos da demanda. A congruência

Os elementos da demanda podem ser identificados na própria petição inicial. Com efeito, na petição inicial o autor indicará o nome e a qualificação do autor e do réu (art. 319, II). A partir do cumprimento desse requisito podemos saber quem são as partes. Ao indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III), o autor estará esclarecendo qual é a causa de pedir. Finalmente, ao apresentar o pedido com as suas especificações (art. 319, IV), o autor estará completando a identificação do último elemento da demanda. Não se desconhece a possibilidade de eventualmente haver alteração nesses elementos da demanda, seja por exclusão de parte ilegítima, sucessão (art. 110) ou mesmo alteração voluntária nos termos do art. 329. A petição inicial, porém, é a base de fixação dos elementos da demanda, que assim irão prosseguir no processo caso não haja motivo de alteração previsto em lei.

Esses elementos da demanda terão importância capital na definição de algumas figuras que serão estudas oportunamente nesta obra. É a partir da identificação dos elementos da demanda que verificaremos se há o óbice da litispendência (repetição de demanda em curso) ou coisa julgada (repetição de demanda já decidida em definitivo). Os elementos da demanda nos permitirão verificar se há caso de conexão, que possibilita a reunião de demandas para julgamento conjunto, e mesmo se há base para que mais de uma pessoa possa litigar em conjunto, num mesmo polo da relação processual (litisconsórcio facultativo).

Outro aspecto de magna importância no processo tem relação com a definição dos elementos da demanda. Referimo-nos ao princípio da congruência. Os elementos da demanda irão delimitar a futura prestação jurisdicional. O juiz não pode proferir sentença em relação a partes diversas e não poderá julgar fora dos limites da causa de pedir e do pedido (art. 141).[46] Com relação especificamente ao pedido, tem-se que não se pode dar coisa diversa da pedida, ou a mais do pedido ou, ainda, de natureza diversa, conforme expressa o art. 492. Aquilo que não foi pedido[47] não pode ser concedido, salvo no caso dos pedidos implícitos,[48] como os juros legais, a correção monetária e as verbas da sucumbência, inclusive honorários

advocatícios (art. 322, § 1º).

13.4. A ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Como se disse no item anterior, os elementos da demanda são definidos na petição inicial. Ocorre que, naquele momento, os elementos são suscetíveis a várias alterações. Ao longo do processo, porém, ocorre a progressiva estabilização desses elementos.

O primeiro grande marco nesse sentido é a citação. Antes de citado, o réu ainda não integra a relação processual e, em vista disso, as alterações são mais fáceis, pois ele não precisa ser consultado. Assim, permite a lei que o autor, antes de citado o réu, livremente adite ou altere o pedido ou causa de pedir (art. 329, I). Isto significa que ele pode, por exemplo, incluir nova causa de pedir, formular mais um pedido etc. Observe-se apenas, o que é natural, que poderá ter que incorrer em custas adicionais em razão dessa alteração ou adição.

O outro grande marco é o saneamento. Após a citação, o autor ainda pode aditar ou alterar pedido ou causa de pedir, desde que tenha o consentimento do réu e o faça até o saneamento (art. 329, II).

Após o saneamento, portanto, estabiliza-se a demanda, isto é, a parte não tem a faculdade de alterar os seus elementos. Humberto Theodoro Jr. pondera, entretanto, que esse é o limite para a livre alteração das partes, não impedindo a possibilidade de negócio jurídico processual, sob controle do juiz, alterando o procedimento (art. 190) e influindo na conformação dos elementos da demanda.[49]

13.5. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Há várias formas de classificar as ações. A mais importante delas já foi, de certa forma, abordada nesta obra, ainda que sob outra ótica. Referimo-nos à classificação ternária e à quinária, em matéria de tutela jurisdicional.[50]

Aliás, antes mesmo de a expressão “tutela jurisdicional” cair no gosto do processualista, foram desenvolvidas a teoria ternária e a quinária com foco na ação. Fala-se, assim, em ações meramente declaratórias, ações condenatórias, ações constitutivas, ações executivas *lato sensu* e ações mandamentais. As

características de cada uma delas já foram abordadas anteriormente quando tratamos do tema da jurisdição, motivo pelo qual remetemos o leitor ao mencionado capítulo. Observamos apenas que a classificação tem em vista o objetivo visado com a propositura, independentemente do fato de esse resultado ser ou não alcançado, isto é, uma ação *condenatória* é considerada como tal porque pretende obter a *condenação*, o que só ocorrerá, porém, se a ação for julgada procedente.

Outra classificação digna de menção, pelos reflexos do ponto de vista processual, é a que distingue ações individuais, que visam à tutela de direitos subjetivos individuais, e ações coletivas, que visam à tutela de direitos coletivos no sentido lato, como os difusos, coletivos e individuais homogêneos.[51] As chamadas ações coletivas, reguladas em vários diplomas legais, particularmente Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública, apresentam significativas diferenças em relação às ações individuais, especialmente em termos de legitimidade e de coisa julgada.

Apenas para referência, observamos que é comum ouvirmos falar em ações reais e pessoais, segundo visem à tutela de um direito real (p. ex., defesa da propriedade) ou ao cumprimento de uma obrigação (ex. pagamento do valor emprestado).[52] Na verdade, como bem observa Cândido Dinamarco, essa classificação não é correta do ponto de vista técnico, pois não é a *ação* que é real ou pessoal, mas o direito que se pretende tutelar por meio do exercício do direito de ação.[53] Correto está o CPC quando se refere a ações *fundadas* em direito pessoal e ações *fundadas* em direito real (arts. 46 e 47).

13.6. CONDIÇÕES DA AÇÃO

13.6.1. Generalidades

Nossa doutrina processual, como vimos ao tratar das teorias sobre a ação, foi profundamente influenciada pela concepção de Liebman, que identificava condições da ação que não se confundem com o mérito e são, antes, requisitos para que este possa ser apreciado. Isso se refletia de modo muito claro no CPC de 1973, mas o novo Código de Processo afasta boa parte dessa influência.

Já foi dito que o NCPC não fala mais em carência de ação. Além disso, a

nova lei processual não emprega nem mesmo a expressão “condições da ação”. Essa opção do legislador fez surgir a discussão sobre a eventual extinção da categoria processual “condições da ação”. Seria o caso de se falar apenas em requisitos de admissibilidade para exame de mérito, englobando as antigas “condições da ação” dentro dos pressupostos processuais?

Naturalmente o tema comportaria reflexão aprofundada que não se adequaria aos limites desta obra. Entretanto, não podemos deixar de justificar a nossa opção de continuar tratando o tema dentro da categoria “condições da ação”.

É claro que é perfeitamente possível empregarmos a expressão genérica “requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito”, mas, a nosso ver, isso não significa que a categoria “condições da ação” tenha desaparecido. Cremos ser útil tratar separadamente as condições da ação (agora, apenas legitimidade e interesse) dos pressupostos processuais. Isso porque as condições da ação efetivamente possuem diferencial em relação aos demais requisitos de admissibilidade para julgamento do mérito, eis que são aferidas a partir da própria relação jurídica material. É o fenômeno que foi bem descrito por Cândido Dinamarco como um dos “pontos de estrangulamento” do direito processual. Assim, por exemplo, para verificar se a parte é legítima devemos perquirir a respeito da relação jurídica material discutida.

Justificada, desse modo, a opção deste livro, observamos que a menção a legitimidade e interesse, duas das tradicionais condições da ação, é feita em vários dispositivos. Começa a falar no art. 17 referindo-se à necessidade de ambas para a propositura da ação. O art. 18 trata de legitimidade, embora não mencione a expressão. O art. 19 fala de interesse. O art. 330 trata da falta de legitimidade (inciso II) e da falta de interesse (inciso III) como causas de indeferimento da inicial. O art. 337, XI, inclui no rol das defesas processuais do réu a alegação de falta de legitimidade ou de interesse. O art. 485, VI, prevê que na falta de legitimidade ou de interesse o juiz não irá resolver o mérito.

Por outro lado, cumpre destacar que o direito anterior (CPC/1973), em matéria de condições da ação, foi concebido à luz da doutrina de Enrico Tullio Liebman, na sua formulação original, que entrevia três condições da ação. Mais tarde, como nos dá notícia Dinamarco, o processualista italiano abandonou a possibilidade jurídica como uma das condições da ação,

passando a entrever apenas as outras duas (legitimidade e interesse).[54] O CPC de 2015 também exclui a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

Outro aspecto importante a se destacar é que as condições da ação devem ser aferidas segundo a "ação concretamente exercida", ou da demanda proposta. Ficam valendo as mesmas observações que fizemos quando tratamos dos elementos da demanda. Com efeito, enquanto poder genérico de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não se há de cogitar em condições da ação. Somente quando alguém age em juízo, narrando uma determinada situação concreta e pleiteando em função disso um provimento jurisdicional, *i.e*., *propõe a demanda*, é que se torna possível identificar os elementos de direito material que servem de base para aferição das "condições da ação".

Aliás, essa última anotação serve de gancho para destacarmos outro aspecto importante no tema. O exame das condições da ação, como resultará claro da análise que procederemos de cada uma delas, só pode ser feito à luz dos elementos da relação jurídica material levada a juízo.[55] Trata-se, aqui, de um daqueles pontos de grande aproximação entre o plano processual e o plano material, chamado por Dinamarco de "*faixas de estrangulamento*".[56]

Feitas essas primeiras reflexões, passemos à análise das chamadas condições da ação.

13.6.2. O desaparecimento da possibilidade jurídica do rol das condições da ação

Conforme já se adiantou, o novel CPC não mais contempla a possibilidade jurídica entre as condições da ação. Em função dessa mudança, não nos deteremos muito sobre os detalhes que o tema outrora suscitava. Faremos, porém, uma breve referência sobre qual o sentido da expressão, tendo em vista a importância histórica em nosso sistema processual.

A possibilidade jurídica foi definida por Liebman como a "*admissibilidade em abstrato do provimento pedido*", correspondente àqueles casos em que aquilo que foi pleiteado não era "*expressamente proibido*".[57]

Na mesma linha, Cândido Dinamarco afirmava que:

> "A demanda é juridicamente impossível quando de algum modo colide com regras superiores do direito nacional e, por isso, sequer comporta apreciação mediante exame de seus elementos concretos. Já *a priori* ela se mostra inadmissível e o autor carece de ação por impossibilidade jurídica da demanda."[58]

O exemplo clássico apresentado originalmente por Liebman era o do divórcio (expressamente proibido, à época, tanto na Itália como no Brasil). Outros, exemplos, mais atuais, podem ser lembrados, como o pedido de herança de pessoa viva e a usucapião de bem público.[59] A penhora de bem público costumava ser apontada também como exemplo de impossibilidade jurídica,[60] assim como o pedido de desligamento de Estado membro da Federação[61] (art. 1º, CF) e a cobrança de dívida de jogo, vedada expressamente pelo art. 814 do Código Civil.[62]

Excluída que está do ordenamento processual a figura da possibilidade jurídica, resta indagar como devem ser enquadradas as situações antes nela contempladas. Em outras palavras, se, por exemplo, o juiz, hoje em dia, se deparar como uma demanda em que se cobra uma dívida de jogo, o que deverá ele fazer? Entendemos que a solução será extinguir o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual. De fato, como bem observava Moniz Aragão, à luz do CPC de 1973, "[…] *sempre que faltar a possibilidade jurídica faltará também o interesse processual* […]".[63] Aliás, Cândido Dinamarco, ao tratar justamente da mudança de posicionamento de Liebman em matéria de condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do rol por ele inicialmente imaginado, observa:[64]

> "Anota-se que na terceira e na quarta edições [do *Manual* de Liebman] os casos de provimento jurisdicional *não admitido pela lei* (v.g., prisão por débitos) passam a ser encarados como de ausência de *interesse de agir*, quando era justamente ali que residia, para Liebman, a impossibilidade jurídica."

13.6.3. Interesse processual

O primeiro dos requisitos para que a demanda proposta venha a ter

apreciação da pretensão deduzida perante o juiz é o interesse processual, também referido como interesse de agir.

Essa condição da ação parte da premissa de que o Estado deve prestar jurisdição, com todo o correspondente desenvolvimento processual, quando se possa com ela atingir um resultado útil. É assim a **utilidade** a palavra-chave para a configuração do interesse processual. Não é por outra razão que Liebman falava que o interesse de agir era "*a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido*".[65]

Calmon de Passos explicava muito bem essa noção, partindo do próprio conceito de interesse como relação que se estabelece entre o bem da vida e a necessidade a ser satisfeita. Se esse interesse perseguido tem amparo no ordenamento jurídico, temos o interesse jurídico. Esse interesse jurídico seria o interesse primário, cuja satisfação poderá se dar por meio do processo, quando sua satisfação for negada pelo obrigado.[66] O provimento jurisdicional apresenta-se, assim, como sendo **útil**, porque é **necessário** para a obtenção da satisfação do interesse primário.

Nesse sentido, e como dizia Liebman, o interesse processual é "*secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário*".[67]

Impende considerar, entretanto, que essa necessidade da via jurisdicional nem sempre deriva exclusivamente da resistência do demandado em satisfazer a pretensão. Temos, ainda, as chamadas "ações constitutivas necessárias", em que a necessidade da ida ao Judiciário deriva da própria lei. É o caso, por exemplo, das ações de anulação de casamento ou de separação litigiosa.[68]

Mas, se a necessidade auxilia a aferir a utilidade e, consequentemente, o interesse processual, resta saber se ela é suficiente. Nesse ponto, lembramos Moniz de Aragão, que salienta existirem duas grandes correntes nessa matéria. De um lado, há quem diga que a necessidade é suficiente para a caracterização do interesse processual, mas, por outro lado, vemos autorizada doutrina indicando que é preciso, também, que o provimento solicitado seja apto a solucionar o litígio (adequação).[69]

Essa exigência de adequação, a rigor, já podia ser depreendida da locução de Liebman, quando este ensinava que seria uma inutilidade proceder ao exame do pleiteado se "*o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão*".[70]

Coube, porém, a Cândido Dinamarco desenvolver com maior precisão esse aspecto componente do interesse processual. Segundo esse jurista, o interesse de agir não deve ser visto simplesmente como útil e proveitoso para o demandante. É preciso, ainda, que seja também vantajosa para o Estado a concessão daquilo que foi pleiteado. É importante ponderar o custo social envolvido. Entende ele, desse modo, que o interesse processual tem de ser legítimo, ou seja, precisa haver coincidência entre a utilidade pretendida e o interesse do Estado em conceder-lhe o provimento diante da situação reclamada. Chegamos, portanto, à exigência de adequação.[71] Um exemplo ilustra perfeitamente esse aspecto. O indivíduo é credor de uma importância não paga no vencimento. Ele tem necessidade de ir ao Judiciário. Porém, se esse credor ingressar com ação executiva sem ser detentor de título executivo, tal como estipulado em lei, ele será considerado carecedor da ação por falta de interesse processual. Isso porque a via escolhida não era hábil, na circunstância, para a obtenção da satisfação de seu interesse. Em outras palavras, ela não era adequada.[72]

Podemos, assim, finalizar apresentando situações em que falta interesse processual seja pela ausência de necessidade, seja pela ausência de adequação (ambos elementos que permitem aferir a utilidade). Vejamos. Anulação do casamento por adultério (falta interesse pela inadequação); mandado de segurança para participar de concurso já realizado (falta interesse pela desnecessidade); pedido de condenação de devedor que sempre se dispôs a pagar e teve recusa do credor (falta necessidade); ação monitória ajuizada sem documento escrito (falta adequação); filho que propõe ação declaratória de paternidade, apesar de já ter sido reconhecido formalmente pelo pai (falta necessidade) ou pedido judicial de cancelamento de protesto proposto por quem já tem o recibo emitido pelo credor (novamente, faltaria necessidade).[73]

13.6.4. Legitimidade de parte (*legitimatio ad causam*)

Essa condição da ação era definida por Liebman como sendo a "*pertinência subjetiva da ação*".[74] Considerando, porém, que a ação concretamente exercida terá, de qualquer forma, pertinência àqueles que objetivamente nela figuram, não nos parece que essa seja a melhor forma de traduzir a ideia. O ponto nodal para a compreensão do sentido de tal requisito

diz respeito ao fato de que, enquanto as partes na demanda são objetivamente identificáveis pelo exame da petição inicial, a aferição das partes legítimas corresponde à indagação: "*quem deve figurar como parte nesse litígio?*".

Nesse sentido, exata a definição de Cândido Dinamarco[75] a respeito de legitimidade de parte:

> "*qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz*".

Em outras palavras, se hipoteticamente penso numa demanda visando à cobrança de uma dívida, imagino que no polo ativo deva figurar o suposto credor e no passivo o suposto devedor. Essas são as partes legítimas, independentemente de quem, na prática, vier a figurar como parte na demanda, quando esta for proposta.

Nesse diapasão, a ação de divórcio deve ser proposta por quem é cônjuge, e não pela sogra, a dívida deve ser cobrada pelo credor e não pelo irmão do credor e assim por diante. Isso é o que *ordinariamente* acontece. As partes na demanda devem apresentar correspondência em relação às partes na relação material deduzida em juízo.

É o que inferimos do art. 18 do CPC, na sua primeira parte: "*Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio* […]". A isso chamamos **legitimidade ordinária**.

O mesmo art. 18, entretanto, abre espaço para outro tipo de legitimação, na medida em que complementa: "[…] *salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*". Essa legitimação excepcional, *i.e.*, que foge ao que normalmente acontece, em razão de expressa disposição legal, é o que chamamos **legitimação extraordinária**.

Os exemplos que primeiramente ocorrem referem-se à tutela coletiva. Uma empresa que polui o meio ambiente pode vir a sofrer ação civil pública proposta, por exemplo, pelo Ministério Público. A quem pertence o direito a um meio ambiente sadio? A toda comunidade, e não ao Ministério Público. A lei, porém, para possibilitar a efetiva defesa de interesses difusos atribui legitimidade, para atuar em juízo a respeito deles, a determinadas entidades (entre elas, o Ministério Público). A ação popular também pode ser considerada um bom exemplo. É um cidadão defendendo em juízo o

patrimônio público, que diz respeito à coletividade, e não a ele individualmente.

A questão, evidentemente, não se limita à tutela coletiva. Há diversas situações, típicas de direitos individuais, em que o legislador concede essa autorização excepcional para a defesa, em nome próprio, de direito alheio. É o caso do condômino autorizado a pleitear em juízo o pagamento de multa imposta a outro morador, quando o síndico não o faz (art. 21, parágrafo único, da Lei 4.591/1964); o do acionista que propõe ação de responsabilidade contra o administrador de sociedade anônima, pelo fato de, apesar de deliberado pela assembleia geral, a medida não ter sido tomada dentro de três meses (art. 159, § 3º, da Lei 6.404/1976); ou do titular de direito líquido e certo decorrente de direito de terceiro, ao impetrar mandado de segurança em favor do direito originário, na hipótese prevista no art. 3º da Lei 12.016/2009.

A legitimação extraordinária, segundo Barbosa Moreira,[76] pode ser classificada em **autônoma** ou **subordinada**, conforme o legitimado extraordinário possa ou não atuar com total independência em relação ao legitimado ordinário. Nessa visão, o assistente simples teria legitimidade extraordinária subordinada, sem poder contrariar o assistido. Ainda segundo Barbosa Moreira, a legitimidade extraordinária autônoma seria subdividida em **exclusiva** (excluindo o titular do direito[77]) e **concorrente** (que não exclui o legitimado ordinário), podendo, nesse último caso, ser *primária* (a iniciativa é independente por parte de qualquer dos legitimados) ou subsidiária (que ocorreria no caso de omissão do legitimado ordinário).

O legitimado extraordinário, segundo a lição de Edoardo Garbagnati, é também chamado de substituto processual.[78] Frequentemente encontramos em doutrina a referência a legitimação extraordinária ou substituição processual,[79] o que faz supor sinonímia. Cumpre observar, entretanto, que há alguma controvérsia a respeito. Parte da doutrina faz uma distinção no sentido de que a substituição processual só ocorreria nos casos de legitimação extraordinária autônoma, e nunca na subordinada. É esse o entendimento de Ephraim de Campos Junior, para quem ocorreria "[…] *substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte*".[80]

Do exposto, é fácil concluir que o substituto processual não se confunde

nem com o representante e nem com o sucessor. O substituto processual é parte no sentido processual, embora não integre a relação jurídica material. O substituto processual defende em nome próprio (como parte, portanto) interesse alheio. O representante não é parte. A parte é a pessoa que é representada. Finalmente o sucessor é aquele que se torna parte no processo, na qualidade de titular do direito que adquiriu na pendência do processo (são os casos regulados nos arts. 108 a 110 do NCPC).

13.6.5. Teoria da asserção

Em matéria de condições da ação temos, ainda, um grande ponto de divergência. Ele diz respeito ao modo de aferi-las. Se tal se deve fazer com base, inclusive, no material probatório obtido no decorrer do processo,[81] ou se, ao contrário, devem ser avaliadas segundo as afirmações do autor contidas na inicial (*in statu assertionis*). Essa última é conhecida como teoria da *prospettazione*, ou prospectação, ou, ainda, teoria da asserção.

As diferenças práticas são sensíveis. Imagine-se que alguém se intitule credor de uma pessoa, em face da qual propõe uma demanda. Essa pessoa, a Ré, nega essa qualidade e o fato se torna controverso, exigindo dilação probatória. Terminada a instrução, ficou demonstrado que a Ré não era a devedora. Para a teoria da apresentação a solução seria julgar o autor carecedor da ação, enquanto para os adeptos da teoria da asserção a solução seria a improcedência. Isso porque, analisada a questão à luz do quanto afirmado na inicial, as partes eram legítimas.[82]

Observe-se que a diferença não diz respeito propriamente ao momento em que as condições da ação podem ser analisadas (visto que o § 3º do art. 485 permite que seja feita a qualquer momento antes de proferida a sentença de mérito), mas ao tipo de cognição do juiz. Notou muito bem esse aspecto Suzana Henriques da Costa, dizendo, com toda clareza, que "[…] *a pedra de toque da teoria assertista não é o momento procedimental em que é proferida a sentença de carência de ação, mas o grau de cognição do juiz quando da prolação de tal sentença*".[83]

A teoria da asserção parte do pressuposto de que as condições da ação são justificáveis no sistema apenas como medida de economia processual, possibilitando, através de cognição superficial (tendo em vista a simples afirmação do demandante), extinguir, desde logo, processos que não possuem

viabilidade alguma. Se a análise exigir dilação probatória e cognição exauriente, não parece adequado dizer que não houve exame do mérito. No exemplo acima figurado, o que se pretendia discutir era se a Ré devia para o Autor. Isso ficou definido através da cognição exauriente exercida naquele processo. Se a Ré nada devia para o Autor porque a dívida era de terceiro ou se nunca existiu dívida alguma é irrelevante para aquele processo. Aquele processo, cujo mérito era saber se a Ré devia para o Autor, foi definitivamente julgado.

A análise das condições da ação *in statu assertionis* é defendida com vigor por Kazuo Watanabe, que reputa ser essa forma de verificação a única compatível com a teoria abstratista.[84] A cognição exercida para essa verificação é superficial, nas palavras do mesmo autor.[85] Flávio Yarshell, que já tinha manifestado sua adesão à teoria da asserção anteriormente,[86] reafirma no seu livro *Tutela jurisdicional* que a aferição é feita com base em uma "*situação concreta afirmada pelo demandante*", que é "*inspirada por razões de economia processual*" e que se trata de um exame "*apriorístico e superficial*".[87]

Na mesma linha, vários doutrinadores brasileiros também se manifestaram, como José Carlos Barbosa Moreira,[88] José Roberto dos Santos Bedaque,[89] Alexandre Freitas Câmara,[90] Luiz Guilherme Marinoni,[91] João Batista Lopes[92] e Fredie Didier Jr.[93] Há vários julgados acolhendo essa tese.[94] Nesse sentido, registre-se que Luiz Dellore fez um cuidadoso estudo sobre a aplicação das teorias da apresentação e da asserção no âmbito do STJ, constatando o emprego de ambas.[95]

Em doutrina estrangeira também encontramos, por exemplo, em Crisanto Mandrioli, que, em matéria de condições da ação, fala em "*accoglibilità ipotetica*" (referindo-se à aferição de tais requisitos tomando-se como hipótese que aquilo que foi afirmado seja verdadeiro).[96]

A questão permanece ainda controversa, sendo de se destacar o firme posicionamento contrário à teoria da asserção da parte de Cândido Dinamarco, asseverando que a teoria assercionista "*incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema*".[97]

De nossa parte, com a devida vênia quanto ao posicionamento defendido por Dinamarco, somos do entendimento de que a teoria da asserção é muito útil para melhor distinguir mérito de condições da ação, além de ser mais

coerente com a ideia de economia processual presente no sistema processual. Aliás, entendemos mesmo que a teoria da asserção compatibiliza-se melhor com o novo CPC, visto que o novel diploma processual dá prioridade para o julgamento de mérito (arts. 4º e 6º). Ora, é fácil perceber, pelo exposto, que a teoria da asserção acaba por traduzir-se em menor número de situações de extinção do processo sem resolução do mérito.

13.6.6. Falta de condição da ação

O Código de Processo Civil de 1973, moldado na doutrina de Liebman,[98] dispunha que a falta de alguma das condições da ação iria provocar a carência de ação (art. 301, X, do CPC/1973). O Novo CPC, porém, não mais repete a expressão. Entretanto, da mesma forma que o direito anterior, a falta de uma das condições da ação leva à sentença que não resolve o mérito (art. 485, VI, do CPC/2015). Essa falta de condição da ação pode acarretar indeferimento de inicial (art. 330, II e III, do CPC/2015) ou ser reconhecida posteriormente (art. 354 e art. 485, § 3º, do CPC/2015).

Essa sentença que reconhece a ilegitimidade ou falta de interesse processual poderá provocar a extinção do processo e, nesse caso, a parte poderá propor de novo a demanda (art. 486), visto que insuscetível de fazer coisa julgada material. A propositura da nova ação, porém, segundo o § 1º do art. 486, só será possível se o vício que levou à extinção tiver sido corrigido.[99]

[1]Segundo nos conta Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 156.

[2]Cf. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 555.

[3]*Instituições de direito processual civil*, tradução de Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, v. I, p. 49.

[4]Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, ns. 72 e 73.

[5]Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 156.

[6]Para um panorama sobre a polêmica veja-se, em doutrina nacional, Cândido Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1, capítulos II e VII.

[7]Cf. Celso Neves, *Estrutura fundamental do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, ns. 39 e 40, p. 90/91.

[8]Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 156/157.

[9]Cf. *Instituições de direito processual civil*, tradução de Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, vl. I, p. 53.

[10]Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, n. 151.

[11]O que para Chiovenda (op. cit., p. 52) era um "exagero inaceitável".

[12]*Corso di diritto processuale civile*, 3. ed., Torino: Giappichelli 1981, p. 57.

[13]*Introdução ao estudo do processo civil*, trad. de Mozart Victor Russomano, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

[14]Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, tradução de Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, v. I, p. 52.

[15]*Introdução ao estudo do processo civil*, trad. de Mozart Victor Russomano, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15.

[16]Como explica, com mais detalhes, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 159/160.

[17]Nesse sentido, por exemplo, Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. I, p. 143; Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, 11. ed., São Paulo: RT, 2010, v. 1, p. 144.

[18]*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 555.

[19]Para dar maior amplitude ao conceito, incluindo a execução, Cândido Dinamarco fala em direito "ao provimento jurisdicional sobre a pretensão deduzida ao juiz [...]" (*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 555).

[20]Cf. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo:

Malheiros, 2009, v. II, ns. 435 e 555.

[21]Cf. *Da cognição no processo civil*, 3. ed., São Paulo: Dpj, 2005, p. 91.

[22]Mesmo a teoria da ação como direito concreto, francamente minoritária, encontra entre nós seus defensores. Nesse sentido, merece especial menção a posição do saudoso Professor José Ignacio Botelho de Mesquita que, em sua tese de cátedra, enfrenta as críticas que se fazem à ação como direito concreto, e define "[...] o direito de ação como o *direito à realização da ordem jurídica*, por meio da atividade do Estado. É um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, a quem incumbe o dever de, pela atividade de seus órgãos jurisdicionais, tornar efetiva a ordem prevista na lei" (*Teses, estudos e pareceres de processo civil*, São Paulo: RT, 2005, v. I, p. 121/122.

[23]Cf. *Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 146/147. Uma parcial conciliação entre a teoria abstrata "pura" e a concretista encontramos em Ovídio Baptista da Silva, que acolhe a distinção de Pontes de Miranda quando este identifica uma ação de direito material e uma "ação", de conteúdo processual. Ovídio Baptista fala que é preciso distinguir, primeiro, um **direito de acesso aos tribunais**, como um poder que o Estado reconhece aos jurisdicionados de invocar a proteção jurisdicional. Já a **"ação"** (de conteúdo processual) seria o exercício do direito de acesso aos tribunais. Seria, portanto, abstrata e incondicionada, assim como aquele. Finalmente, teríamos a **ação de direito material**, que é expressão do direito material e representa a conduta do titular de um direito para obter a sua realização. Para Ovídio Baptista, portanto, Chiovenda e os concretistas, equivocadamente, não estão tratando da categoria "ação", de direito processual, e sim da ação de direito material (cf. *Curso de processo civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, v. I, capítulo A "ação" no direito processual contemporâneo).

[24]Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II, n. 517.

[25]A despeito de grande parte da doutrina brasileira ter aderido à formulação de Liebman.

[26]Cf. *Da Cognição no processo civil*, 3. ed., São Paulo: Dpj, 2005,

p. 91.

[27]Cf. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 556.

[28]Cf. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 556.

[29]O próprio Liebman, como anota Dinamarco (nota 126 ao *Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1), dizia que a dúvida era meramente terminológica. Também nesse sentido, Vicente Greco Filho (*Direito processual civil brasileiro*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 77, nota de rodapé 1 ao capítulo 2).

[30]Como indicam Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 270.

[31]Nesse sentido, escrevendo à luz do CPC de 1973, mas cujas lições no particular são perfeitamente aplicáveis com base no CPC de 2015, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 184.

[32]Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 68-70.

[33]*Teoria geral do processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, n. 56, p. 274. Exatamente no mesmo sentido, Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 44. ed., 2006, v. I, n. 51, p. 60.

[34]Celso Neves, *Estrutura fundamental do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, n. 90.

[35]*O novo processo civil brasileiro*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

[36]Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, Saraiva, 1942, v. 2, p. 320/321.

[37]José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 3. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 165.

[38]A doutrina, principalmente a italiana, também identifica uma causa de pedir ativa (fato que constituiu o direito do autor) e outra passiva (o ato infringente por parte do réu). Imagine-se uma ação de despejo por falta de pagamento. Como causa ativa temos o

contrato de locação e causa passiva o não pagamento do aluguel. Menciona essa classificação, entre outros, José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*, 3. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 165) e José Carlos Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15).

[39]Moacyr Amaral Santos: "O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido –, como também a causa remota – o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação [...]" (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 174). No sentido de que o direito processual civil brasileiro adota a substanciação, veja-se, também, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 138.

[40]Nesse sentido, veja-se Luiz Guilherme Aidar Bondioli, in *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 815.

[41]Narrado por Francesco Luiso e trazido à baila por Felipe Camillo Dall'Alba, As partes e a causa de pedir no Código de Processo Civil brasileiro: uma visão contemporânea, *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 35, jan./mar. 2005, p. 87-109, especificamente p. 94-95.

[42]"[...] a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem a princípio do contraditório" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 168).

[43]Sobre este tema cabe lembrar a lição de André Pagani de Souza: "[...] a vedação das decisões-surpresa é plenamente compatível com a orientação consagrada de que *o juiz conhece o direito*, mas desde que ele proporcione o debate prévio sobre a nova qualificação jurídica que pretende dar aos fatos que lhes são apresentados" (*Vedação das decisões-surpresa*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171).

[44]*Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 158.

[45]Há em doutrina divergências a respeito da caracterização ou não de cumulação no caso de pedido alternativo. Cândido Dinamarco inclui a hipótese como de cumulação de pedidos. Chama de "cúmulo alternativo de pedidos" (*Instituições de direito processual*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 474, p. 174). Há quem reserve o nome "cumulação alternativa" apenas para o caso do art. 326, em que há pedido subsidiário, considerando que na hipótese do art. 325 há apenas pedido alternativo, mas não cumulação (nesse sentido, *Novo código de processo civil comentado*, de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, São Paulo: RT, 2015, p. 345-346). Milton Paulo de Carvalho classifica essa hipótese como sendo cumulação imprópria (*Do pedido no processo civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 107).

[46]Como leciona Andrea Caraciola, "será incongruente a sentença que transbordar os limites objetivos e subjetivos fixados na demanda, já que são rígidos os contornos que se impõem ao Estado-juiz no exercício da função jurisdicional" (*Princípio da congruência no Código de Processo Civil*, São Paulo: LTr, 2010, p. 173).

[47]Note-se, porém, que no CPC de 2015 o pedido deve ser interpretado considerando o conjunto da postulação (art. 322, § 2º).

[48]É frequente, em doutrina, apontar o caso dos pedidos implícitos como exceção ao princípio da congruência. Para Andrea Caraciola, porém, não ocorreria verdadeira exceção à congruência, porque os pedidos implícitos estariam compreendidos no principal (*Princípio da congruência no Código de Processo Civil*, São Paulo: LTr, 2010, p. 180).

[49]Humberto Theodoro Jr., Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil, *RePro* 244/jun. 2015, p. 195-204.

[50]Item 9.6.2, supra.

[51]Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 195-196.

[52]Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 194-195.

[53]Cândido Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, São Paulo:

Malheiros, 2009, p. 61-62.

[54]Nota 127 ao *Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 204-205.

[55]José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 71-73.

[56]*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 542.

[57]Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, trad. Cândido Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, passim, na nota 127 de Cândido Rangel Dinamarco, que reproduz o trecho em que Liebman tratava da possibilidade jurídica, na segunda edição do seu *Manuale*.

[58]*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 543.

[59]João Batista Lopes, *Curso de direito processual civil*, São Paulo: Atlas, 2005, v. I, p. 91.

[60]Antonio Cláudio da Costa Machado, *Código de processo civil interpretado*, 6. ed., Barueri: Manole, 2007, nota ao art. 295, parágrafo único, inciso III; João Batista Lopes, *Curso de direito processual civil*, São Paulo: Atlas, 2005, v. I, p. 91 e Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 543.

[61]*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 543.

[62]Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 543.

[63]*Comentários ao Código de Processo Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II, p. 439.

[64]Cândido Dinamarco, em nota 127 ao *Manual de direito processual civil*, de Enrico Tullio Liebman, trad. Cândido Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 204.

[65]*Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, trad. de Cândido Dinamarco, v. 1, n. 74-A, p. 207.

[66]*Comentários ao Código de Processo Civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, 35.4, p. 254.

[67]*Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros,

2005, trad. de Cândido Dinamarco, v. 1, n. 74-A, p. 206.

[68]*Teoria geral do processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas. 2013, v. 1, p. 151-152.

[69]*Comentários ao Código de Processo Civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II, n. 526, p. 446.

[70]*Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, trad. de Cândido Dinamarco, v. 1, n. 74-A, p. 206.

[71]*Execução civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, ns. 253 e 264.

[72]No sentido oposto, manifestando-se contrariamente à inserção da adequação com elemento indicador do interesse, veja-se Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 189-190.

[73]Dois últimos exemplos extraídos de Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*, Barueri: 6. ed., Manole, 2007, nota ao inciso III do art. 295.

[74]*Manual de direito processual civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, trad. de Cândido Dinamarco, v. 1, n. 74-B, p. 211.

[75]*Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 545, p. 313.

[76]Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, *RT* 404, jul. 1969, p. 9-18.

[77]O grande exemplo dessa modalidade era a legitimidade extraordinária do marido para defender os bens dotais da esposa. Essa modalidade desapareceu com o advento do Código Civil de 2002.

[78]"[...] ecco che il sostituto processuale si profila precisamente come un subietto legittimato, in via straordinaria, ad agire o contradire, in nome proprio, rispetto ad un rapporto giuridico altrui" (*La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, p. 206). Numa versão livre, seria: "eis que o substituto processual se apresenta precisamente como um sujeito legitimado, em via extraordinária, a agir ou contradizer, em nome próprio, com respeito a uma relação jurídica alheia".

[79]Veja-se, por exemplo, Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, 44. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 67.

[80]*Substituição processual*, São Paulo: RT, 1985, p. 24. Alexandre Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. I, p. 150-151) faz observação semelhante.

[81]Referida como *Teoria da Apresentação*, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 279.

[82]Para Luiz Dellore, o grande diferencial prático entre as duas teorias é que se a questão for considerada condição da ação poderá ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, mas, caso contrário, terá de ser arguida na resposta do réu, sob pena de preclusão (Condições da ação: teoria da apresentação e teoria da asserção na jurisprudência do STJ, in *O papel da jurisprudência no STJ*, coord. Isabel Gallotti; Bruno Dantas; Alexandre Freire; Fernando da Fonseca Gajardoni; José Miguel Garcia Medina; São Paulo: RT, 2014, p. 495-512, p. 501). Suas considerações foram feitas à luz do CPC de 1973, mas os dispositivos nos quais ele se baseia (arts. 267, § 3º, 300 e 303 do CPC/1973) encontram correspondência nos arts. 485, § 3º, 336 e 342 do NCPC.

[83]*Condições da ação*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47.

[84]*Da cognição no processo civil*, 3. ed., São Paulo: Dpj, 2005, p. 92.

[85]*Da cognição no processo civil*, 3ª ed., São Paulo: Dpj, 2005, p. 109.

[86]*Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declarações de vontade*, São Paulo: Malheiros, 1993, em nota de rodapé 94, às p. 112 e 113.

[87]*Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1998, p. 102 e 103.

[88]Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, *RT* 404, jul. 1969, p. 9-18, especialmente p. 10.

[89]*Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, n. 6, p. 250. Cumpre ressaltar que o autor, embora seja partidário da tese assercionista, concluiu que essa teoria é insuficiente para explicar adequadamente o instituto no caso da ação declaratória, quando a discussão refere-se justamente à existência ou não de incerteza objetiva (idem, n. 25, à p. 318).

[90]*Lições de direito processual civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013,

v. 1, p. 155.

[91]*Teoria geral do processo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 185.

[92]*Pareceres*, São Paulo: Castro Lopes, 2015, p. 20-21.

[93]*Curso de direito processual civil*, 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 173.

[94]Como é exemplo essa decisão do STJ: "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERÇÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1.....

2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto" (REsp 879188 / RS – 2ª Turma STJ, Rel. Min. Humberto Martins; j. em 21.05.2009; *DJe* 02.06.2009).

[95]Condições da ação: teoria da apresentação e teoria da asserção na jurisprudência do STJ, in *O papel da jurisprudência no STJ*, coord. Isabel Gallotti; Bruno Dantas; Alexandre Freire; Fernando da Fonseca Gajardoni; José Miguel Garcia Medina; São Paulo: RT, 2014, p. 495-512.

[96]*Corso di diritto processuale civile*, 3. ed., Torino: Giappichelli, 1981, v. 1, p. 48.

[97]*Instituições de direito processual civil*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 553.

[98]"*só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação* [...]" (*Manual de direito processual*

civil, trad. de Cândido Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, n. 74, p. 203).

[99]Não podemos deixar de observar, porém, que, pelo menos no caso da ilegitimidade, a correção poderá implicar propositura de ação diversa, pois é possível que o ajuste necessário signifique alteração de um dos elementos da demanda.

14

A EXCEÇÃO (DEFESA)

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

14.1. CONCEITO

Após examinarmos a ação, a ordem natural exige que examinemos o seu contraposto, que é a exceção, ou defesa. Aliás, antes de prosseguirmos, é mister fazer uma observação de ordem terminológica. A palavra exceção é plurívoca. Ela ora é empregada para especificar um determinado tipo de defesa, mesmo de direito material (como a exceção de contrato não cumprido), ora para designar as defesas que devem ser apresentadas pela parte, isto é, não podem ser conhecidas de ofício (como as objeções).[1] O sentido que ora estamos examinando é o mais amplo, e serve para designar em geral as defesas.[2]

A Constituição Federal garante a ampla defesa no mesmo inciso em que fala do contraditório (art. 5º, LV). Há, aliás, íntima relação entre as duas figuras.[2] O contraditório, porém, tem conteúdo mais amplo.[3] A ampla defesa, no dizer de Cássio Scarpinella Bueno, envolve, no âmbito do processo civil, garantia para qualquer réu "ter condições *efetivas*, isto é *concretas* de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos".[4] Já o contraditório envolve a ideia de participação (ou possibilidade de) no processo,[5] entendida esta no sentido mais amplo possível, tanto para o réu como para o autor. Como já se teve oportunidade de mencionar, tem sido destacado que o contraditório envolve

não apenas a devida ciência para o réu dos atos praticados pelo autor, e vice-versa, mas, também, a necessidade de o próprio juiz, ao decidir as questões, mesmo as de conhecimento de ofício, franquear previamente a palavra a autor e réu.[6] Esse aspecto, que antes era objeto apenas de considerações doutrinárias, hoje é expresso nos arts. 9º e 10 do CPC de 2015.

A exceção no sentido genérico (defesa) apresenta exato paralelo com o instituto da ação, de tal sorte que prestigiosa doutrina, abandonando a clássica divisão tripartite, identifica quatro institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação, *defesa* e processo.[7] Independentemente da adoção ou não dessa divisão, não se pode olvidar que, numa perspectiva isonômica do processo, o instituto da defesa não pode deixar de ser examinado ao lado da ação.

Nessa perspectiva, a figura do réu, com o direito à defesa, vai andar em paralelo com a ação concretamente exercida. Como vimos, o autor tem, ao movimentar a máquina jurisdicional, o direito não necessariamente a um provimento favorável, mas a um processo, ou, mais propriamente, a um devido processo legal (com oportunidade para alegações, recursos, produção de prova, existência de um provimento emanado de maneira imparcial e devidamente motivado etc.). Ora, o réu, por outro lado, também terá o mesmo direito a um devido processo legal, com todas as exigências que ele envolve.[8] Da mesma forma, se, de um lado, o autor tem ao seu dispor todos os mecanismos que lhe permitem buscar uma tutela jurisdicional, seja condenatória, constitutiva ou de qualquer outra natureza, o réu, de outro, tem a possibilidade de utilizar dos meios que o legislador processual lhe franqueia para buscar a tutela jurisdicional decorrente da rejeição do pedido do autor (seja no grau máximo, que é a improcedência, seja pelo menos em grau menor, que seria a extinção do processo sem resolução do mérito).

A diferença essencial que se pode divisar consiste no fato de que a ação importa um verdadeiro poder de iniciativa, ensejadora da atividade jurisdicional, enquanto na defesa isso não se verifica, pelo simples e curial motivo que, ao surgir a possibilidade de defesa, a atividade jurisdicional já está presente.[9] No mesmo diapasão, uma diferença a mais nos parece identificável. O direito a um específico processo só surge efetivamente com o exercício da demanda (a ação concretamente exercida), ao passo que para o ocupante do polo passivo o direito àquele processo deriva da sua própria condição de réu, independentemente do efetivo exercício do direito de defesa.

Feitas essas pequenas distinções, podemos conceituar defesa de modo semelhante ao modo como conceituamos ação. Assim, se a ação significa um poder de provocar a atividade do Poder Judiciário para obter uma prestação jurisdicional, a defesa se afigura como o poder de se manifestar a respeito da pretensão deduzida pelo autor, de modo a que a prestação jurisdicional leve em conta as razões do réu.[10]

Do ponto de vista das características do direito de defesa, podemos dizer, com Humberto Theodoro Jr.,[11] que é também direito subjetivo[12] público e abstrato. Dizemos público porque é atinente ao exercício de função estatal, a jurisdição. É abstrato porque não depende da existência do direito material alegado na defesa.

14.2. CLASSIFICAÇÃO

Efetuada essa abordagem do conceito, natureza jurídica e características da exceção (defesa), oportuno apresentar uma classificação a respeito. A defesa pode ser, num primeiro momento, identificada como material (ou de mérito, ou substancial) ou processual. As defesas materiais, se acolhidas, provocarão a extinção do processo sem resolução de mérito, enquanto as processuais terão efeitos apenas processuais.

A material pode ser direta ou indireta.[13] Falamos em defesa direta quando há um ataque diretamente ao fundamento daquilo que se pede. Em outras palavras, na defesa direta visa-se a atingir a própria causa de pedir, seja negando os fatos que a compõem, seja contrariando os fundamentos jurídicos. Assim, apresento uma defesa de mérito direta tanto quando nego a ocorrência dos fatos (ou lhes dou uma versão substancialmente diferente), como quando enfrento o argumento jurídico apresentado pelo autor. Vale dizer, se o autor afirma que o réu praticou determinados atos e que tais atos são reputados ilícitos, gerando dever de indenizar, e, consequentemente, pede reparação, podemos imaginar, em termos de defesa de mérito direta, duas atitudes: (a) as alegações de fato feitas pelo autor não correspondem à realidade (exemplo: “o réu jamais praticou tais atos”); (b) tais atos, ao contrário do que alega o autor, não geram, segundo nosso ordenamento jurídico, o dever de indenizar.

E a defesa material indireta? Ela faz, por assim dizer, um ataque lateral. Note-se que, como defesa material, a sua acolhida provocará a extinção do

processo com resolução do mérito. Ocorre que, nesse caso, mesmo que os fatos narrados pelo autor correspondam à verdade, mesmo que tais fatos gerem, normalmente, as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, a defesa irá alegar que há outro elemento que irá impedir que isso se dê. Trata-se da ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Exemplifiquemos. Imagine-se que o autor alegue que emprestou uma determinada quantia ao réu, que, por sua vez, ficou de pagar numa certa data e não o fez. O réu pode confirmar tudo isso, mas acrescentar: "não irei pagar, porque a respeito ocorreu prescrição". A prescrição é um fato impeditivo, da mesma forma que a ocorrência de compensação seria fato extintivo e um posterior parcelamento da dívida seria fato modificativo.

Quanto às defesas processuais, dividem-se em peremptórias (ou próprias) e dilatórias (ou impróprias).[14] As peremptórias, se acolhidas, provocarão a extinção do processo sem resolução do mérito. É o caso típico da falta de condição da ação. É o que ocorre, também, quanto às alegações de coisa julgada, litispendência, perempção etc.

Já quanto às dilatórias, mesmo se acolhidas, o processo não se extinguirá. Ele apenas irá se alongar, para que seja corrigido algum vício. É o caso das alegações de incompetência, impedimento e suspeição. A incompetência, quando acolhida, não provoca a extinção do processo, mas, apenas, a remessa dos autos ao juízo competente. O impedimento e a suspeição, por sua vez, acarretam a substituição do juiz cuja imparcialidade esteja comprometida.

[1]O CPC de 1973 utilizava a palavra "exceção" para designar certas espécies de defesa processual dilatória: exceção de incompetência relativa, exceção de impedimento e exceção de suspeição. O CPC de 2015 não mais emprega a palavra nesse sentido, ficando a incompetência para ser alegada na contestação, enquanto a suspeição e o impedimento devem ser arguidos por petição específica.

[2]Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61/63, tratam de ambos dentro da mesma rubrica. Nelson Nery Jr. assevera que o legislador constitucional, "ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla

defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório" (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 12. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 244).

[3]João Batista Lopes, Princípio da Ampla Defesa, in *Princípios Processuais Civis na Constituição*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 124/125.

[4]*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 112.

[5]Esse elemento participativo, inerente ao contraditório, é bastante destacado por parte da doutrina a respeito. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, "contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação" (*Teoria Geral do Processo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 317).

[6]Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1, n. 49; e, mais amplamente, nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, n. 88.

[7]Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. I, n. 38, p.111/115. A obra *Teoria Geral do Processo*, de Cintra, Grinover e Dinamarco (São Paulo: Malheiros, 24. ed., 2008), é estruturada com base na existência de quatro institutos fundamentais.

[8]Um sinal claro de que o réu, da mesma forma que o autor, tem o direito ao processo, é o fato de que a desistência da ação, após oferecida a contestação, está condicionada à concordância do réu (art. 485, § 4º, CPC).

[9]Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, n. 556.

[10]Nesse sentido a definição apresentada por Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 292.

[11]*Curso de Direito Processual Civil*, 44. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, n. 56.

[12]Naturalmente ficam valendo aqui as mesmas observações que fizemos no tocante à ação, no sentido de que, melhor que dizer direito subjetivo, seria destacar ser um poder.

[13]Veja-se, a respeito, José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 38/39.

[14]Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, 16. ed., São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 255.

15

PROCESSO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

ANDREA BOARI CARACIOLA

15.1. PROCESSO

15.1.1. Conceito

Já tivemos oportunidade, em capítulos anteriores desta obra, de apresentar uma ideia sobre o significado de processo. Vamos, agora, depurar o conceito. O vocábulo "processo", embora de uso indiscriminado, a dificultar sua exata compreensão, quando inserido no ordenamento jurídico revela ao menos três planos de análise, exsurgindo aí sua inequívoca polissemia: a primeira significação relaciona-se ao seu aspecto institucional, a segunda, à dogmática jurídica e, por fim, uma terceira acepção, relacionada à realidade fenomenológica.

Analisado sob perspectiva institucional, o termo "processo" surge como um sistema de princípios e normas constitucionais e legais, coordenados por uma ciência específica: um ramo do direito processual, que tem por objeto as categorias relacionadas ao acesso à Justiça: jurisdição, ação, defesa e processo. Já no que toca à dogmática jurídica, segunda acepção do vocábulo "processo" aqui destacada, revela-se como um método de trabalho adstrito a princípios e normas que lhe dão substrato. E, por fim, no que diz respeito ao "processo" como uma realidade fenomenológica, voltamos nossa atenção a

ideia de procedimento realizado em contraditório. Assim, a Constituição Federal, ao garantir a observância do contraditório a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, revela a exigência política de que a elaboração de sentenças e demais provimentos estatais observe o desenvolvimento da relação jurídica processual.[1], [2]

Importante aqui responder às seguintes indagações: *o que se entende por processo? Qual o seu conceito e significado?* Este, o tema a ser aqui abordado.

Derivado do latim, *procedere*,[3] o termo processo tem suas raízes etimológicas relacionadas à ideia de *marcha adiante*, observando-se um movimento dialético dirigido a determinado fim, movimento este composto por um conjunto de atos logicamente coordenados, mediante a ação de órgãos da jurisdição, tendentes à pacificação social.

Assevera Athos Gusmão Carneiro que "O processo é instrumento indispensável à paz social, pela *composição justa* das lides, ou seja, pela composição (ou melhor, pela *eliminação*) das lides mediante a exata aplicação do direito material. Desenvolve-se o processo dialeticamente, expondo-se nele o contraste entre os interesses dos litigantes, empenhado cada qual em convencer o juiz da justiça das respectivas pretensões".[4]

O processo é o instrumento colocado à disposição da jurisdição, pois dele se vale o órgão jurisdicional para solucionar de modo imparcial e justo o litígio submetido à sua apreciação, para tanto contando com ampla colaboração das partes em método de debate.

É um "método de trabalho estatal", que tem por finalidade resolver conflitos e pacificar lides, observado o devido processo legal. "É uma estrada que une o jurisdicionado à jurisdição que a provoca por intermédio do direito de ação."[5]

Importante aqui destacar as ideias de "sucessão de movimentos", como de resto também de "método e finalidade a ser alcançada", exsurgindo nesse contexto as dimensões temporal e teleológica do processo: o processo se compõe por uma sucessão de atos vinculados a um objetivo comum, qual seja o de atuação da vontade da lei ao caso concreto, atingindo-se, tanto quanto possível, a pacificação com justiça.

Assim, a dimensão temporal do processo revela-se na medida em que o tempo une os atos processuais em sequência ordenada e irreversível, de

forma a ser desenhada uma ordem cronológica e lógica entre os diversos atos, marcada pela incidência da preclusão.

E, no que toca ao aspecto teleológico, imanente à ideia de processo a pacificação com Justiça, exsurgindo o processo, nesse contexto, como um instrumento apto ao atingimento dessa finalidade.[6]

Indispensável ao exercício da função jurisdicional, o processo revela-se formalmente exteriorizado por meio de um procedimento em contraditório, que nasce com a iniciativa do autor, delimita-se com a contestação do réu e culmina com a sentença do juiz, ato jurisdicional magno na relação processual.

Cumpre-nos aqui destacar o processo como instrumento adequado ao exercício da função jurisdicional, objetivando a pacificação social e a composição dos conflitos de direito material, de sorte a assumir universalmente o desafio da efetividade e utilidade dos resultados que produz face ao direito material.[7]

O processo é o instrumento colocado à disposição da jurisdição, pois dele se vale o órgão jurisdicional para solucionar de modo imparcial e justo o litígio submetido à sua apreciação, para tanto contando com ampla colaboração das partes em método de debate.

15.1.2. Natureza Jurídica

Não obstante as dificuldades encontradas ao longo da história para a definição da natureza jurídica do processo, analisada a questão sob perspectiva histórica, o tema hoje encontra-se pacificado.

Surgem nesse sentido as principais teorias para a definição da natureza jurídica do processo: teoria contratualista do processo, processo como *quasi contractus*, teoria da relação jurídica processual, processo como relação complexa, processo como situação jurídica e processo como módulo processual, entendido como procedimento em contraditório.

As teorias privatistas dos séculos XVIII e XIX assemelharam processo e contrato, de modo a transformar o processo em um acordo de vontades com vistas a uma determinada finalidade. Assim surgiu a teoria contratualista, que procura explicar a natureza jurídica do processo a partir da máxima de que as partes submetem-se voluntariamente ao processo e aos seus resultados,

através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado denominado *litiscontestatio*.

Esta teoria, significativamente influenciada por Rousseau e sua obra *Contrato social*, identificava no processo o produto de um acordo de vontades, daí exsurgindo a sua similitude com os vínculos contratuais, nos quais se destaca o consensualismo. Constatou-se, no entanto, a insuficiência dessa teoria, vez que "nem o poder do juiz provinha das partes contratantes, nem a posição passiva do processo se explica em virtude de um contrato ou convenção", de sorte a não ser possível resumir a natureza jurídica do processo a uma categoria contratual.[8]

Historicamente seguiu-se a teoria do *quasi contractus*, ou seja, do quase contrato, concebida no século XIX pelo francês Arnault de Guényvau, teoria essa que, ultrapassando as críticas e objeções feitas à teoria contratualista, identificava a natureza jurídica do processo por eliminação: não seria o processo um contrato, mas equivaleria a um contrato: *como se fosse um contrato*. Mais uma vez exsurge a intenção de qualificar como privado algo que se reveste de natureza pública: o processo![9]

Superadas as concepções privatistas na definição da natureza jurídica do processo, surgiu uma nova concepção de processo, adstrita ao seu caráter público. E, nesse contexto destacamos o marco histórico de 1868 como o mais importante na evolução teórica e conceitual do processo. Nesse ano Oskar von Bülow lançou a obra *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais*, na qual afirma que o processo é uma relação jurídica autônoma, dinâmica e em constante movimentação, de modo que sua constituição está sujeita a determinados requisitos, denominados pressupostos processuais, cuja verificação há de ser realizada em procedimento prévio e autônomo.[10] Ademais, foi o primeiro doutrinador a defender a tese de que o processo é uma relação jurídica de direito público que se desenvolve de modo progressivo entre as partes e o Estado-juiz.[11] O Estado-juiz assume concretamente a obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro lado, as partes se obrigam a colaborar para que este fim seja alcançado, como também a estarem sujeitas aos resultados dessa atividade.[12]

Bülow ainda destacou a existência de dois planos de relações no processo: a de direito material e a de direito processual. Observou que a relação jurídica de direito processual se distingue da relação material por três aspectos: (a) pelos sujeitos processuais (autor, réu e juiz); (b) pelo seu objeto

(prestação jurisdicional); e (c) pelos seus pressupostos (pressupostos processuais).[13]

Já em 1888, duas décadas após o lançamento da revolucionária obra de Oskar von Bülow, Josef Kohler publicou sua obra *O processo como relação jurídica*, que, a partir da superação de inconsistências da teoria de Bülow, introduziu a tese do processo como relação jurídica complexa: o processo é uma relação jurídica entre as partes, já que só entre elas existem direitos e obrigações, tanto materiais como processuais. Desta forma, o juiz não participaria dessa relação, sendo apenas um terceiro: órgão controlador e/ou julgador.[14]

Evoluindo na dimensão histórica do tema, destacamos a importância de James Goldschmidt em relação à determinação da natureza jurídica do processo: o doutrinador não negou a importância de Bülow para a evolução da ciência processual, mas propôs uma nova visão do processo. Em 1925, elaborou a *teoria do processo como situação jurídica* na tentativa de explicar a natureza do processo, reduzindo-o a uma expectativa juridicamente fundada, expectativa esta relativa à obtenção de uma sentença favorável ou desfavorável. O direito processual seria um conjunto de possibilidades e de expectativas, não se podendo falar em relação das partes entre si e entre elas e o juiz. O juiz profere a sentença porque esse é seu dever funcional, e não um direito conferido às partes. Demais, as partes não estão ligadas entre si, mas estão apenas sujeitas à ordem pública.[15]

Mais recentemente, Elio Fazzalari, jurista italiano, combateu a introdução da relação jurídica processual no conceito de processo, propondo sua substituição pelo contraditório. Utiliza o vocábulo “módulo processual”, representado pelo procedimento realizado em contraditório, propondo que se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida. Assim, o processo seria “o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”.[16]

Fazzalari foi responsável pela “*reabilitação do procedimento na teoria processual”*, de sorte reintroduzir a ideia de procedimento ao conceito de processo e ressaltar a sua importância. O processo só pode ser compreendido se houver o contraditório, o que ocorre quando as partes em litígio possuem posição de simétrica paridade.[17]

Sintetizadas aqui as teorias a justificar a natureza jurídica do processo,

importante destacar a necessidade de conciliação dos conceitos de processo e procedimento, até mesmo porque “um procedimento falho, que não atenda aos princípios de economia, celeridade e garantia implica numa desvirtuação do processo”.[18]

Não encontram aceitação na doutrina moderna as teorias contratualista, do quase-contrato, como também a teoria do processo como situação jurídica construída por Goldschmidt, vez que, todas elas, não encontram lastro na realidade do processo. Por outro lado, a teoria do processo como relação jurídica, desenvolvida por Oskar von Bülow, só encontra respaldo na ciência processual quando conciliada com o procedimento, exsurgindo daí, dessa conciliação entre relação jurídica e procedimento, a natureza jurídica do processo: ***entidade complexa composta de relação processual e procedimento em contraditório!***

O processo é, pois, uma entidade complexa, formada por sujeitos, objeto, pressupostos e finalidade que lhe são próprios! É dinâmico e dialético, atribuindo aos sujeitos processuais uma série de ônus, faculdades, deveres e poderes em face de uma determinada relação jurídica.[19]

15.1.3. Caracteres da relação jurídica processual

Ultrapassada a questão adstrita à natureza jurídica do processo pelo estudo das teorias desenvolvidas ao longo da estória e, decodificado o processo como uma relação jurídica que se desenvolve observado um método de debate em contraditório, mister averiguar as características que informam a relação processual:

> **a) Relação jurídica de direito público:** a relação processual pertence ao direito público, porquanto deriva de normas reguladoras de uma atividade pública. Impõe-se ao juiz o dever de conhecer e julgar a demanda, o que encontra fundamento no direito público. Assim, ao ajuizar sua pretensão o que o autor deseja é que o Estado garanta a tutela desse direito lesado ou ameaçado de lesão. Na medida em que o juiz, no processo, age em nome do Estado, exercendo sobre as partes a sua autoridade soberana, reafirma-se a natureza

pública da relação processual, ainda que seja privada a relação de direito material controvertida entre as partes.[20]

b) Relação jurídica autônoma: o processo serve ao objetivo do direito material, sendo dele um instrumento por meio do qual se estabelece um vínculo entre o direito material e o direito processual. O primeiro fornece conteúdo ao segundo, sem que haja qualquer relação de subserviência ou dependência entre eles. Os atos do processo são direcionados à obtenção de um provimento jurisdicional que pacifique o conflito com Justiça. Podemos perceber a unicidade da relação processual na medida em que todos os atos que compõem a relação processual destinam-se a um só fim, de sorte a revelar a acepção teleológica que envolve a relação processual: ideal de consecução da Justiça.

c) Relação jurídica complexa: o processo caracteriza-se por ser "um todo", que se desenvolve por meio de uma série de relações secundárias, que vão surgindo durante o transcorrer da relação processual. A prática sucessiva de atos processuais enseja às partes uma alternância entre posições nas quais ora são titulares de direitos e poderes, ora são titulares de ônus e obrigações e, ora estão em posição de sujeição. Nesse sentido, perceptível que a relação processual "apresenta-se como uma soma de uma série de posições jurídicas ativas e passivas, derivando daí o seu caráter complexo".[21]

d) Relação jurídica progressiva: a relação jurídico processual é caracterizada pela continuidade e por seu dinamismo, já que inequivocamente avança em direção à solução e composição do conflito de interesses submetido à apreciação jurisdicional. Dinâmica e contínua, relaciona-se à ideia de *marcha adiante* rumo a prolação de uma tutela jurisdicional que pacifique o conflito com Justiça.

e) Relação jurídica dinâmica: a relação jurídica processual se desenvolve de forma triangularizada, envolvendo o Estado, o autor e o réu: conformação mínima esta relativamente aos sujeitos da relação processual, daí exsurgindo o brocardo: *judicium est actum trium personarum.*

15.2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

15.2.1. Pressupostos processuais como espécies de requisitos para apreciação do mérito

Caracterizando-se como um método de trabalho e sendo essencialmente instrumental, o processo deve preencher certos requisitos para que possa atingir a sua função de pacificação social mediante a entrega de uma tutela justa, adequada e tempestiva, observado o devido processo legal. É nessa perspectiva que o legislador prevê os requisitos ou pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo, elementos estes que assumem igualmente um papel instrumental na relação jurídica processual. Significa, em outras palavras, que, pela sua natureza instrumental, "tais pressupostos poderão ser convalescidos se neles houver algum tipo de vício", dada a razão maior do processo de realização do valor Justiça.[22]

Assim, assegurada pela Constituição Federal a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), necessário o preenchimento de requisitos para que o processo se constitua e se desenvolva de forma regular, de sorte a ser qualificado como "devido", nos termos da previsão constitucional: é a teoria dos pressupostos processuais e das nulidades que tratam exatamente desse tema a ser neste capítulo estudado.

A análise do fenômeno processual nos conduz à identificação das categorias fundamentais da ciência do processo, categorias estas que dizem respeito aos pressupostos processuais, condições da ação e mérito: tríade que sintetiza o objeto da cognição judicial, qualquer que seja a natureza do processo.

Antes da apreciação do mérito da causa o magistrado verificar a presença (ou não) de determinados elementos na relação processual, sem os quais não se há como pacificar o conflito dando a cada um o que de direito. Assim, o objeto da cognição judicial em sentido horizontal recai sobre a tríade: pressupostos processuais e condições da ação e, superadas estas, adentra ao mérito da causa. Esta a chamada "teoria do trinômio processual",[23] predominante em nosso ordenamento jurídico, segundo a qual o magistrado só adentra ao mérito da causa se estiverem preenchidos os pressupostos

processuais e as condições da ação. Significa dizer que os pressupostos processuais e as condições da ação, não obstante antecedentes do exame do mérito, perfazem categorias distintas.[24-25]

Trataremos neste capítulo dos pressupostos processuais, previstos no art. 485, inciso IV, do NCPC, antecessores que são das condições da ação, delineando seu conceito, função e classificação.

Destarte, preleciona o legislador no art. 485, inciso IV, que: "O juiz não resolverá o mérito quando: (…) IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo".

15.2.2. Conceito

Diante do tema "pressupostos processuais" voltamos nossa atenção à contribuição de Oskar von Bülow[26], jurista alemão, que em sua obra clássica *Die Lehre den Proceβeinreden und die Proceβvoraussetzungen – Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais* – afirma que o processo é uma relação jurídica autônoma, dinâmica e em constante movimentação, de sorte que sua constituição está sujeita a determinados requisitos, denominados pressupostos processuais, cuja verificação, observada esta concepção original, há de ser realizada em procedimento prévio e autônomo.

Importante registrar que Bülow procurou demonstrar a existência de uma relação jurídica distinta da relação jurídica de direito material, que constitui o objeto do processo, conforme já estudado no Capítulo 4 da presente *Teoria geral do processo*, quando analisada a evolução científica da ciência processual. Vale aqui lembrar as três fases metodológicas na história do processo civil: o período de sincretismo, o período autonomista ou conceitual e, por último, o período teleológico ou instrumental. No que atina à fase autonomista ou conceitual, que teve início em 1868, mister destacarmos a contribuição de Oskar von Bülow, que proclamou, em termos sistemáticos, a existência de uma relação jurídica autônoma entre os sujeitos do processo – juiz, autor e réu –, relação esta diversa e diferente da relação jurídica de direito material: quer por seus sujeitos, já que nela há a inclusão da figura do "juiz"; quer por seu objeto, o "provimento jurisdicional"; quer, por fim, por seus pressupostos, os "pressupostos processuais".[27]

Muito embora não nos seja possível atribuir a Bülow a criação dos pressupostos processuais, o jurista alemão se destaca por ter sistematizado o

instituto.[28-29]

Para que o Estado-juiz possa prolatar uma tutela jurisdicional, há a necessidade de que a relação processual esteja apta para desenvolver-se regularmente.[30] Nesse contexto, os pressupostos processuais constituem "exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da *relação processual*".[31]

Inserem-se os pressupostos processuais entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional, de sorte a que no processo de conhecimento, a prolação de uma sentença de mérito dependerá da presença desses requisitos.

15.2.3. Função

Ao Estado-juiz se impõe a verificação de certos requisitos para que o processo nasça e se desenvolva validamente, tendo em vista conferir ordem ao a relação processual, a fim de que os sujeitos processuais possam participar de modo efetivo e influir na obtenção do resultado final: "A técnica é importante para possibilitar que a relação processual se desenvolva de forma adequada, sem tumulto, a fim de que as partes sejam tratadas com igualdade, observando-se rigorosamente o contraditório".[32]

Os pressupostos processuais assumem a função de verdadeiro "filtro processual", a impedir a passagem de pretensões *formalmente* inviáveis. Em outras palavras, consoante Jose Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos processuais estão a conferir um "passaporte em ordem" para a relação processual, possibilitando a passagem do Estado-juiz à verificação da substância do litígio: "O controle de tais pressupostos teria por finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio. A semelhante desfecho ficaria impedido de chegar o processo que não exibisse, por assim dizer, passaporte em ordem".[33]

Assim, a presença dos pressupostos processuais revela que o processo está formalmente em ordem, apto à obtenção da solução à crise de direito material com segurança, celeridade, efetividade.[34]

Os pressupostos processuais constituem “exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica – ou, em outras palavras, que ele represente método équo e justo de solução de controvérsias”.[35]

Nesse diapasão, podem ser conhecidos *ex officio*,[36] a qualquer tempo, nas instâncias ordinárias, no curso da relação processual, em função dos arts. 485, inciso IV e § 3º, e 337 § 5º, do NCPC, observada, no entanto, pela exigência veiculada no art. 10 do NCPC, o contraditório, que surge no novo texto legal como “pedra de toque”. Nesse sentido, vale sublinhar a letra da lei: “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 obstante seja recomendado ao magistrado analisar a presença (ou não) dos pressupostos processuais *initio litis*, antes da citação, portanto, vários são os momentos nos quais tais elementos podem ser considerados: em preliminar de contestação, no saneamento do processo, quando da prolação de sentença, na fase recursal em razão do efeito translativo dos recursos, na impugnação ao cumprimento de sentença, nos embargos à execução etc.

15.2.4. Classificação

Classificar significa distribuir em classes, agrupar segundo um determinado método e ponto de vista, com o objetivo de facilitar o estudo do objeto cognoscível. Importante ainda que as classificações variam conforme o ângulo da análise a ser desenvolvida, de forma a propiciar a melhor compreensão dos fenômenos a serem investigados.[37]

No que se refere à classificação, não se pode deixar de mencionar a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira[38] que, em seus estudos e apontamentos, alerta para a necessidade da homogeneidade dos critérios classificatórios: “Toda classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica. Ora, em qualquer manual elementar de lógica, encontram-se várias regras básicas, e uma delas impõe que o critério classificatório seja *uniforme”*.

Ainda na preleção de José Carlos Barbosa Moreira:[39] “A utilidade prática da reunião de várias figuras sob o mesmo rótulo consiste em permitir

o tratamento conjunto: o que se disser de substancial acerca de qualquer delas poderá dizer-se de todas. Subsistirão, é óbvio, as diferenças específicas, de alcance, contudo, acidental; nos pontos mais importantes, haverá necessariamente comunhão. Destarte, fixado o regime genérico, bastará afirmar, de tal ou qual espécie, que pertence ao gênero, para que desde logo se saiba a disciplina a que ela se sujeita. Quando se diz, porém, que determinado requisito é um pressuposto processual, a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito – e só".

A questão relativa à classificação e sistematização dos pressupostos processuais não é tratada de forma homogênea pela doutrina. Assim, dependendo do doutrinador pelo qual se estuda o tema em comento, exsurge uma proposta diferente de sua apresentação. Não obstante a essa falta de uniformidade doutrinária do trato da matéria, podemos vislumbrar duas tendências doutrinárias.

Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, encabeçam s primeira classificação, de natureza restritiva: os pressupostos processuais constituem requisitos mínimos para a constituição de uma relação processual válida, compreendendo, assim, uma demanda regularmente formada, a capacidade de quem formula e a investidura do destinatário. Estes requisitos correspondem, portanto, à tendência doutrinária mais restritiva acerca do tema e que bem sintetiza a seguinte fórmula: "uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo".[40]

Não obstante, cumpre-nos destacar a existência de doutrina diametralmente contraposta, ampliativa acerca dos pressupostos processuais, representada no Brasil por Moacyr Amaral Santos, que inclui nesta categoria fundamental, todos os requisitos necessários ao nascimento e ao desenvolvimento regular do processo. Destarte, somente se presentes tais requisitos, abaixo delineados, é que a relação processual se desenvolve validamente até provimento final sobre a relação jurídica de direito material.[41]

Moacyr Amaral Santos preleciona que os pressupostos processuais são requisitos necessários à existência e validade da relação processual, que se apresentam em dois grandes grupos: subjetivos e objetivos. Os subjetivos estão adstritos aos sujeitos principais da relação processual: ao juiz

(investidura, competência e imparcialidade) e às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória). Já os requisitos objetivos, sistematizados com fundamento na doutrina de Galeno Lacerda,[42] são divididos em duas categorias: (a) extrínsecos à relação processual, requisitos estes relacionados à inexistência de fatos impeditivos (litispendência, coisa julgada e perempção); e (b) intrínsecos à relação processual, estes últimos atinentes à subordinação do procedimento às normas legais (petição inicial apta, citação válida e regularidade procedimental).[43]

Na mesma linha Humberto Theodoro Júnior, que vislumbra uma classe denominada "pressupostos processuais de formação e de desenvolvimento do processo", que compreende requisitos subjetivos (capacidade das partes, competência e capacidade postulatória) e objetivos (observância da forma, existência de procuração, inexistência de qualquer outro ato que impeça o desenvolvimento válido do processo).[44]

Teresa Arruda Alvim Wambier sistematiza os pressupostos processuais em duas categorias de natureza intrínseca, pressupostos de existência e de validade e, mais, pressupostos de natureza extrínseca ao processo, estes últimos assim delineados: litispendência, coisa julgada e cláusula compromissória. Para Teresa Arruda Alvim Wambier os pressupostos processuais de existência são: (a) jurisdição; (b) representação do autor (capacidade postulatória); (c) petição inicial e; (d) citação. Já os pressupostos processuais de validade: (a) juízo – competência (absoluta); (b) juiz – imparcialidade (impedimento); (c) capacidade e legitimidade processual; (d) petição inicial válida e; (e) citação válida.[45]

Em que pese a ausência de unidade na sistematização da matéria pela doutrina pátria, importante consignar a existência de um ponto de convergência doutrinária: "os autores não deixam de concordar que uma coisa é ir a juízo porque se afirma titular de um determinado bem, viabilizando por causa de certos pressupostos a atuação do Estado-juiz; outra, bem diferente, é ter razão, vale dizer, é ser mesmo titular daquele bem. Uma coisa é poder exercer direitos também no plano do processo e outra é ser titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo".[46]

Esta também a nossa posição sobre a questão: "ir a juízo" não se confunde com "ter razão", ou seja, ser titular da relação jurídica material que dá substrato à ação!

Nessa perspectiva, mister destacar a necessidade de que o tema relativo aos pressupostos processuais seja iluminado pelo plano constitucional. É que, assegurada pela Carta Constitucional a garantia do devido processo legal, importante ressaltar que a teoria dos pressupostos processuais e das nulidades versa sobre os requisitos necessários a que o processo se constitua e se desenvolva de forma regular, de sorte a ser qualificado como devido, nos termos da previsão veiculada no art. 5º, inciso LIV da CF.

O NCPC, em seu art. 485, inciso VI, adota expressamente a nomenclatura "pressupostos processuais", distinguindo-os em duas classes: "pressupostos de constituição" (identidade com existência) e "pressupostos de desenvolvimento válido e regular" (identidade com validade) do processo.

Não obstante a previsão expressa destas duas classes, a doutrina ainda sistematiza os chamados "pressupostos processuais negativos", entendidos como elementos que, se presentes na relação processual, impedirão a sua constituição e desenvolvimento válido.

Desenvolveremos nosso objeto de estudo a partir de três classes de pressupostos processuais: (a) os de existência ou constituição; (b) os de validade; e, por fim, (c) os negativos. Resta-nos, agora, sistematizar os elementos que compõem cada uma dessas classes.

15.2.5. Pressupostos processuais de existência ou constituição do processo

Os pressupostos processuais de existência são aqueles vitais à formação do processo: sua ausência implica na inexistência jurídica do próprio processo!

Dizem respeito à constituição do processo, de forma que, uma vez presentes, asseguram a própria existência jurídica do processo: existência jurídica esta que não se confunde com a sua existência fática![47]

Importante diferenciar a existência jurídica do processo da sua validade, esta última relacionada com a aptidão do processo em produzir os efeitos pretendidos e desejados pelo ordenamento jurídico.[48]

Mas quais os elementos que compõem os pressupostos processuais de existência, também chamados de constituição, do processo? Não obstante a ausência de uniformidade doutrinária no trato da matéria, podemos identificar

elementos comuns?

A resposta é positiva! O primeiro pressuposto processual de existência aqui destacado é a jurisdição, do latim *juris* + *dictio*, que corresponde à dicção do direito ao caso concreto. Consoante Chiovenda,[49] corresponde ao poder que o Estado tem de aplicar a lei ao caso concreto e que, na preleção de Cândido Rangel Dinamarco,[50] surge como a "função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos".

Para que o processo exista juridicamente, imprescindível se desenvolva perante um órgão jurisdicional, nos termos do art. 92 da Constituição Federal. Em decorrência do princípio da aderência, mister salientar que os juízes e tribunais exercem atividade jurisdicional apenas no território nacional, de acordo com a regras determinativas de competência.[51]

No que toca a este pressuposto processual, ainda não se há indagar se órgão jurisdicional tem (ou não) competência para processar e julgar a demanda que lhe for apresentada em juízo. A aferição da competência do órgão jurisdicional face ao caso concreto exsurge como pressuposto processual de validade do processo, e não de sua existência. Assim, mesmo que incompetente o órgão jurisdicional, existirá a relação processual na medida em que um dos órgãos do Poder Judiciário venha a ser provocado.

O segundo pressuposto processual diz respeito à provocação inicial, à demanda introduzida em juízo por meio da petição inicial. Na medida em que inerte a jurisdição, a atuação do Estado-juiz está adstrita à iniciativa da parte. O princípio da inércia da jurisdição, fundamento basilar do sistema processual, que revela ser a jurisdição, em regra, uma atividade provocada (NCPC, art. 2º). "Os juízes não saem em busca das lides para resolvê-las, mas aguardam que os interessados, frustradas eventuais tratativas amigáveis, busquem espontaneamente a intervenção estatal, propondo a demanda".[52] Inércia da jurisdição e demanda, versam o mesmo fenômeno processual analisado por ângulos distintos: o princípio da inércia da jurisdição é o mesmo princípio da demanda visto pelo lado passivo.

Voltamos agora nossa atenção à "citação", por alguns doutrinadores tratada como pressuposto processual de existência do processo,[53] por outros não, o que nos conduz a algumas reflexões, em virtude da polêmica que o tema gera em sede doutrinária e jurisprudencial. Cumpre salientar que, consoante doutrina de André de Luizi Correia,[54] "a citação envolve a ideia de

se dar a alguém a oportunidade de ser ouvido em juízo, a propósito de alguma coisa que lhe diz respeito. E ser *ouvido* significa não apenas apresentar defesa, mas exercer, durante todo o processo, o contraditório pleno".

Não obstante a citação perfaça o modelo constitucional do processo no que toca ao devido processo legal, a relação processual existe antes mesmo da citação, com o despacho da petição inicial ou simplesmente com a sua distribuição, onde há mais de uma vara.

O NCPC em seu art. 331 relaciona-se ao indeferimento liminar da petição inicial, situação na qual o magistrado proferirá sentença terminativa, de sorte a extinguir o processo sem resolução do mérito. O indeferimento liminar nos conduz à negativa de seguimento da petição inicial mediante decisão proferida *initio litis*. Significa dizer: mesmo antes da citação, terá o magistrado extinto o processo. Daí sua existência independentemente da citação.

Já no que toca ao art. 332 do NCPC, a norma dispõe que "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". Este teor do dispositivo legal que, em seus expressos termos, "julgará liminarmente" impõe ao juiz a prolação de sentença definitiva (com resolução do mérito) de total improcedência, antes mesmo da citação, desde que preenchidos os requisitos acima mencionados.

Nos casos acima, exemplificativamente analisados, não se há como negar a existência jurídica antes mesmo da citação: o Estado-juiz foi devidamente provocado, houve decisão judicial, o processo existiu!

Vale transcrever o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:[55] "é interessante verificar que não há como entender a citação como pressuposto de existência *tout court* do processo, isto é, sem fazer, ao menos uma ressalva. A citação do réu só pode ser entendido como pressuposto de *existência* do exercício da função jurisdicional em relação a ele. Para ele, réu, o processo terá existência jurídica na medida em que ele seja *citado*, isto é, vale a ênfase, convocado (formalmente) para participar da formação da

convicção do juiz e dos atos destinados a concretizar o reconhecimento do direito. Antes disso, a existência do processo é potencial. Ele *existe* mas apenas entre o autor (quem provoca o exercício da função jurisdicional) e o Estado-juiz".

Assim, a relação processual só se aperfeiçoa com a citação do réu, não obstante o processo já exista desde a simples distribuição ou despacho da petição inicial (NCPC, art. 312).

15.2.6. Pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo

Cumpre-nos agora apresentar outra classe de pressupostos processuais, de desenvolvimento válido e regular do processo, que dizem respeito aos elementos que dão viabilidade ao processo para que o mesmo possa ter aptidão de produzir a tutela jurisdicional pleiteada. Estes pressupostos relacionam-se com a aptidão de o processo produzir efeitos válidos, quer no plano material, quer no plano processual.[56]

Assim, "pode-se afirmar que existem pressupostos de existência e de validade do processo. Sem estes últimos considerados como pressupostos processuais de desenvolvimento, sejam eles tratados como a segunda categoria de requisitos para que a jurisdição atinja o seu escopo, a verdade é que, para emitir provimento final sobre o caso concreto, o juiz necessita que o processo se desenvolva sem vícios".[57]

Abaixo destacamos a sistematização dos pressupostos processuais de validade, pelo legislador do NCPC expressamente nominados "pressupostos de desenvolvimento válido e regular" do processo.

O primeiro pressuposto desta classe de pressupostos processuais diz respeito à aptidão da provocação inicial quanto ao desenvolvimento válido e regular do processo, ou seja: petição inicial apta (NCPC, art. 330).

Veículo formal da demanda, a petição inicial é a peça inaugural do processo, o ato que provoca o exercício da função jurisdicional e rompe com a sua inércia da jurisdição (NCPC, art. 2º), fixando os limites da lide, de forma a sobre esse limites incidirem os limites da congruência.

A petição inicial será indeferida quando for inepta (NCPC, art. 330, I e § 1º), dispondo o legislador processual civil, em *numerus clausus*, os casos de inépcia no § 1º e incisos do artigo mencionado: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir; II – o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; e IV – contiver pedidos incompatíveis entre si. Em decorrência será prolatada uma sentença terminativa, com a extinção do processo sem resolução do mérito!

Não basta que a jurisdição seja provocada (pressuposto processual de existência), sendo necessário ainda, para a validade e regularidade do processo, que o órgão jurisdicional seja absolutamente competente: a competência do juízo constitui pressuposto processual de validade: diz respeito a questão acerca da inexistência de incompetência absoluta, seja ela material ou funcional.

Nos termos do NCPC, art. 63, § 3º, nos casos de incompetência absoluta impõe-se ao magistrado não a extinção do processo sem resolução do mérito, mas, sim, a remessa dos autos ao juízo competente.

Outro pressuposto processual de validade diz respeito à imparcialidade do juiz. As exigências da competência e da imparcialidade estão diretamente relacionadas ao princípio do juiz natural (CF, 5º, XXXVII e LIII), sendo que a violação destes pressupostos implica em nulidade do processo e da sentença que dele originar.

Interessante delimitar, com fundamento na doutrina de Nelson Nery Junior,[58] que "a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial".

A imparcialidade do juiz – *e não do juízo* – está intimamente relacionada com a independência do juiz, necessária à regularidade da relação processual. Assim, todos os jurisdicionados têm direito de ser julgados pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei.[59]

Impõe-se ainda consignar, na classe de pressuposto processual de validade, a capacidade processual (NCPC, art. 485, IV), ou seja, a aptidão para a prática de atos processuais, e se caracteriza como manifestação da capacidade de exercício no plano do direito processual. Em sendo reflexo da capacidade de direito, têm capacidade processual os que possuem capacidade

plena de exercício.

Os absoluta e os relativamente incapazes podem ser parte, mas não podem praticar os atos processuais, pois não têm capacidade processual. Só poderão estar em juízo, suprida a sua incapacidade, pela representação (absolutamente incapazes) ou pela assistência (relativamente incapazes), nos termos do NCPC, art. 71.

Interessante aqui distinguir a capacidade processual, pressuposto processual de validade que é também denominado *legitimatio ad processum*, da *legitimatio ad causam*, esta última, condição da ação. A disposição do art. 71 do NCPC completa a do art. 70 do NCPC: aqueles que não tiverem capacidade de exercício, nos termos das regras de direito civil, para estarem em juízo necessitarão integrar sua capacidade pela representação ou assistência, nos termos da lei.

Os vícios relativos aos pressupostos processuais em comento serão sanados pelo magistrado, nos termos dos arts. 76 c/c 351, 352 e 353, todos do NCPC. Caso não seja regularizado e sanado o vício, será necessário analisar a consequência processual daí decorrente.

Também a capacidade postulatória exsurge como pressuposto processual de validade do processo. Diz respeito à autorização legal para atuar, para procurar em juízo, não se confundindo com a procuração judicial, instrumento do mandato e que habilita o advogado a postular em juízo, no interesse do outorgante. É o advogado, devidamente inscrito nos quadros da OAB, que detém capacidade postulatória: NCPC, art. 103; EOAB, art. 8º, § 1º e ss.

Ao membro do Ministério Público também é conferida capacidade postulatória para atuar no processo civil (bem como no processo penal). Já nos Juizados Especiais Cíveis (âmbito da Lei 9.099/1995) há a dispensa da capacidade postulatória para pretensões não superiores a vinte salários-mínimos, sendo necessária a participação de advogado nas causas de valor superior a vinte salários-mínimos, como de resto, também, para recorrer.

Mesmo sem procuração ao advogado é possibilitada a prática de atos processuais urgentes, a fim de evitar o perecimento de direito. O advogado, no entanto, deverá apresentar em juízo a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 104, § 1º, do NCPC.

Ainda sobre pressupostos processuais, destacamos a necessidade de

citação válida (NCPC, art. 238), garantia que é de um Estado Democrático de Direito, sob pena de nulidade do processo. Nesse sentido, a sentença proferida em processo no qual não houve citação, é coisa vã, carecendo de efeitos no mundo jurídico.[60]

O comparecimento espontâneo do réu em juízo, no entanto, supre a falta da citação (NCPC, art. 239 § 1º), o que ocorre no momento em que se evidencia esse comparecimento, o que ocorre, por exemplo, pela juntada de procuração aos autos, petição para vista dos autos etc.[61] A citação válida produz, nos termos do art. 240 do NCPC, efeitos processuais e materiais. Dentre os efeitos processuais: a prevenção, a litispendência e a litigiosidade da coisa. Já no que toca aos efeitos materiais: a constituição do devedor em mora e a interrupção da prescrição.

15.2.7. Pressupostos processuais negativos

Os pressupostos processuais de existência e de validade são pressupostos positivos e intrínsecos ao processo, por outro lado, os pressupostos processuais negativos são extrínsecos ao processo: correspondem a certos acontecimentos que não devem fazer-se presentes na relação processual, sob pena de extinção do processo, nos termos do art. 485 do NCPC.

No que toca a esta última classe de pressupostos processuais, impõe-se catalogar os vícios de litispendência, perempção e coisa julgada, não obstante parte da doutrina sistematize tais pressupostos negativos de forma a incluir a este rol a convenção de arbitragem.

A litispendência corresponde à repetição de uma ação idêntica a outra que ainda pende de julgamento (NCPC, art. 337, §§ 1º a 3º), sendo certo que a identidade de ações é aferida pela identidade dos três elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir. Constatado o vício, a consequência processual é a extinção do processo repetido já que este não poderia ter se constituído de forma válida.

A coisa julgada, por sua vez, também vem definida na lei processual, no mesmo dispositivo legal que trata da litispendência: NCPC, 337, §§ 1º a 3º. No que toca à coisa julgada, ela ocorre quando se reproduz ação idêntica a

outra que já foi definitivamente julgada, por sentença definitiva, contra a qual não cabe mais recurso, tampouco reexame necessário. Constatada a coisa julgada, o processo repetido também será extinto sem julgamento do mérito.

A perempção, por sua vez, também constitui pressuposto processual negativo, previsto no art. 486, § 3º, do NCPC: corresponde à perda do direito de ação pela desídia do autor, ao dar causa à extinção do processo sem resolução do mérito, por três vezes, com fundamento no art. 485, inciso III, do NCPC, que trata da desídia demonstrada de forma inequívoca pelo autor que, por não promover os atos e diligências a seu cargo, abandona o feito por mais de trinta dias. Verificando o magistrado a ocorrência de perempção, a ele se impõe a extinção do processo sem resolução do mérito.

Os três pressupostos processuais negativos acima arrolados – litispendência, coisa julgada e perempção – constituem matérias de ordem pública, o que implica ao magistrado deles conhecer *ex officio* nas instâncias ordinárias, consoante abaixo analisado, ao tratarmos do regime jurídico dos pressupostos processuais, não sem antes propiciar o contraditório, nos termos do art. 10 do NCPC: "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".

Por fim, destacamos também como pressuposto processual negativo a convenção de arbitragem (NCPC, arts. 485, VII, e 337, X). A convenção de arbitragem resulta do conjunto formado pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral. A sua presença significa que as partes renunciam à jurisdição estatal, preferindo nomear um árbitro para que resolva eventual conflito existente entre elas.[62] Em que pese não constitua matéria de ordem pública, só podendo ser conhecida pelo juiz mediante provocação da parte (NCPC, art. 337, § 5º), diferenciando-se, neste particular dos demais pressupostos processuais, em sendo suscitada, ao magistrado impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito.

15.2.8. Regime jurídico: matérias de ordem pública?

Nesse tópico impõe-se a questão: como o magistrado deve se comportar

diante da ausência (pressupostos processuais de existência e desenvolvimento regular do processo) ou presença (pressupostos processuais negativos) de um dos pressupostos processuais?

Como são matérias de ordem pública,[63] os pressupostos processuais podem ser alegados e examinados a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertados pela preclusão, devendo ser examinados *ex officio* pelo juiz ou tribunal: "Há matérias que, por serem de ordem pública, devem ser apreciadas *ex officio* pelo juiz, não estando sujeitas à preclusão",[64] dentre elas, de natureza processual, aqui destacamos as condições da ação, os pressupostos processuais, a prescrição e a decadência.

Assim, nos termos dos arts. 485, § 3º, e 337, § 5º, todos do NCPC, compete ao Estado-juiz o conhecimento *ex officio* dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber: os pressupostos processuais e as condições da ação.

Não obstante as considerações acima que, nos termos da lei processual, afastam a incidência da preclusão, cumpre-nos destacar a existência de momentos, no curso da relação processual, que se revelam mais adequados para a verificação da presença ou não dos pressupostos processuais, como, por exemplo, no desenrolar da fase ordinatória. Aqui, uma indicação relacionada com os princípios da economia e celeridade processual.

Não se há cogitar da incidência de preclusão para o exame da matéria, no entanto, subsiste aqui uma indagação: o que significa dizer que os pressupostos processuais podem ser conhecidos a qualquer tempo e qualquer grau de jurisdição?

Pertinente, aqui, a observação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[65-66], que chama a atenção para a expressão "qualquer grau de jurisdição": "Entenda-se por 'qualquer grau de jurisdição' os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267). Assim, não se pode alegar, pela primeira vez, as matérias aqui enumeradas, como objeto do RE ou do REsp, já que se exige que a questão tenha sido efetivamente *decidida* (CF 102 III e 105 III)".

Significa dizer, desta forma, que a exigência constitucional quanto ao prequestionamento, para a admissibilidade dos recursos excepcionais, veiculada na Constituição Federal, nos arts. 102, III, e 105, III, também se perfaz relativamente às matérias de ordem pública, mais especificamente,

nesta narrativa, aos pressupostos processuais.

Ao magistrado impõem-se, portanto, como gerenciador do processo, seja em primeiro grau de jurisdição, seja em sede recursal – *ressalva feita aos recursos excepcionais: recurso extraordinário (STF) e recurso especial (STJ)* –, o conhecimento *ex officio* da ausência de algum dos pressupostos processuais de existência e/ou validade, e a presença de algum dos pressupostos processuais negativos.[67]

Vale destacar a incidência do efeito translativo dos recursos[68] no que atina à possibilidade de conhecimento *ex officio* dos pressupostos processuais em sede recursal, efeito este manifestação do princípio inquisitório no processo, e que tem por objeto as questões de ordem pública, sem que daí se possa cogitar em eventual prejuízo para aquele que recorreu em razão do seu próprio recurso, ou seja, a chamada *reformatio in pejus*.

Assim, é lícito ao tribunal, ao apreciar recurso de apelação interposto apenas pelo autor, contra sentença de procedência parcial do pedido, extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do NCPC art. 485 IV, por ausência pressupostos processuais de constituição e/ou desenvolvimento válido e regular do processo. E, em situações que tais, não se há cogitar de reforma para pior, uma vez que, ao agir assim e extinguir o processo sem resolução de mérito, o magistrado simplesmente adequará a decisão a uma realidade processual.[69-70]

Por derradeiro, tendo em vista a exacerbação do contraditório do NCPC, a fim de que sejam evitadas decisões-surpresa, resta-nos ainda suscitar outra indagação: mesmo tratando-se de matéria de ordem pública, passível pois de conhecimento de ofício pelo juiz ou tribunal, deve o magistrado abrir o contraditório sobre o tema?

Conforme já tratado no Capítulo 6, o respeito ao contraditório surge adstrito à ideia de se evitarem surpresas (“decisão-surpresa” ou “decisão de terceira via”)[71] às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo. Nesse sentido, no art. 10 do NCPC, temos 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”.

Não há a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quiçá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado

o prévio e devido debate em juízo.

Não se há de questionar o poder-dever conferido ao magistrado para reconhecer *ex officio* e, no curso do processo, as matérias de ordem pública, sejam elas de natureza material ou processual. O NCPC, no art. 10, supera qualquer questionamento acerca da possibilidade (*ou não*) de o juiz conhecer de ofício tais matérias, exige expressamente a abertura do contraditório diante de tais temas, na esteira do que já ocorre em ordenamentos estrangeiros, tais como nos ordenamentos processuais português,[72] italiano,[73] francês[74] e alemão,[75] por exemplo.

Transposta a questão para o ordenamento pátrio, temos que a correta aplicação da norma legal veiculada no NCPC no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública impõe a observância do contraditório, sob pena de caracterização do elemento surpresa às partes, o que, pela garantia constitucional, se objetiva evitar, sem prejuízo da violação ao princípio da demanda.

O respeito ao contraditório surge também adstrito à ideia de se evitarem surpresas ("decisão-surpresa" ou "decisão de terceira via")[76] às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo. Este um vetor informativo de todo o sistema a ser implementado pelo NCPC que, em seu art. 10, preconiza: "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".

Consoante as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves[77]: "Não seria justo a uma parte não ter a oportunidade de se manifestar a respeito de alegações formuladas pela outra e, de repente, se ver prejudicada no processo por sua 'provocada omissão'. O direito de ser informado está intimamente ligado ao direito de não ser pego de surpresa por alegações da parte contrária que anteriormente não eram conhecidas".

Não há a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quiçá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo.

Observa-se que pela garantia do contraditório não há como se conceberem decisões judiciais que venham a surpreender as partes por consignarem matéria estranha à discussão, ao debate em juízo estabelecido, o que se faz em respeito à própria ideia de Justiça.

Correta aplicação da norma legal veiculada no NCPC no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública, impõe a observância do contraditório, sob pena de caracterização do elemento surpresa às partes, o que, pela garantia constitucional, se objetiva evitar, sem prejuízo da violação ao princípio da demanda.

O NCPC, além de expressamente assegurar o contraditório em inúmeras situações e dispositivos legais, adotou uma tríade processual: o contraditório, a cooperação e a boa-fé. Assim, consoante a feição do contraditório no NCPC, surge ele influenciado pela cooperação, devendo se desenvolver numa atmosfera qualificada pela boa-fé.[78]

Logo, ao inaugurar a "Parte Geral" do NCPC, o legislador insculpe no art. 7º a igualdade entre as partes, a paridade de tratamento e de armas, devendo o juiz zelar e velar pelo contraditório efetivo.[79] Ainda sob a égide principiológica, exsurgem complementarmente as disposições contidas nos arts. 9º e 10,[80] de modo a reforçar a tutela constitucional do processo e rechaçar as "decisões-surpresa" no processo, ainda que matéria de ordem pública verse sobre a questão processual. Cumpre-nos destacar que, em perfeita simetria com princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório é expressamente contemplada nos arts. 7º, 9º e 10 do NCPC, mas ainda, de algum modo, referenciada em outros artigos do NCPC.

Significa que, diante da ausência de algum dos pressupostos processuais, ao magistrado impõe-se a observância do contraditório, em respeito à tutela constitucional do processo!

[1]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, p. 23-24.

[2]ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 288.

[3]O termo processo tem suas raízes etimológicas adstritas as noções de caminhar para frente, ir adiante, marcha adiante. Derivado do latim *procedere*, faz referência a algo que se processa e se desenvolve no tempo e no espaço.

[4]CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros.* 10. ed. São

Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

[5]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 123.

[6]Segundo Liebman: “A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Daí a ideia de um proceder em direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função. Especificamente, processo civil é aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional em matéria civil”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 33.

[7]O processo é, pois, indispensável ao exercício da função jurisdicional. Nos termos da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1073, item 5, assim assevera Alfredo Buzaid: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça”.

[8]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 46.

[9]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel de. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 287-288.

[10]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 47.

[11]MANCUSO, Sandra Regina. O processo como relação jurídica. *RT* 682/55-61.

[12]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 47.

[13]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel de. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 288.

[14]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 47-48.

[15]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução

conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 49.

[16]FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 8-22.

[17]NALINI, Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *RT* 730/673-688.

[18]CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 52.

[19]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 127-128.

[20]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel de. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298-299.

[21]CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel de. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298.

[22]ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 132.

[23]Interessante conferir: NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio? *Revista dos Tribunais* v. 517/11-16.

[24]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 252. Ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 128.

[25]Interessante aqui registrar o tratamento diverso conferido à questão na Itália, na medida em que os requisitos de natureza processual apresentam-se reunidos em uma única categoria, caracterizada por reunir os elementos necessários a que o processo proporcione ao juiz o exame do direito à tutela jurisdicional pleiteada, experiência estrangeira esta que nos conduz a refletir sobre a lógica e a utilidade da sistematização vigente em nosso ordenamento. Sobre o tema: SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 390.

[26]Cumpre-nos salientar as duas principais asserções e contribuições mundialmente aceitas de Oskar von Bülow: a primeira, que não conduz a grandes controvérsias e discrepâncias, diz respeito ao

processo como relação jurídica, na qual estão inseridos os sujeitos processuais. A segunda, por sua vez, categoriza o processo sob a figura dos pressupostos processuais, asserção esta que exsurge envolva em muita celeuma. Sobre a questão, conferir: GÓES. Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial.* Tese. 2007. (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p.215. Conferir ainda: NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

[27]Conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. I, p. 254.

[28]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 180.

[29]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. In: *Temas de Direito Processual: Quarta Série*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 84.

[30]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Justitia*, v. 156, out./dez. 1991. p. 49.

[31]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 68.

[32]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 183.

[33]Conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. In: *Temas de direito processual: quarta série*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 89.

[34]O princípio da instrumentalidade há de ser visto conjuntamente com os da economia e celeridade processuais, princípios estes norteadores da completa entrega da prestação jurisdicional.

[35]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

[36]Ressalva feita em relação ao compromisso arbitral, pressuposto processual negativo que, nos termos expressos do CPC, art. 301, § 4º, não pode ser conhecido *ex officio*, mas tão somente mediante provocação da parte.

[37]WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed.

Campinas: Bookseller, 2000. p. 90.

[38]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.7. out. 2003. p. 37.

[39]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. *Temas de direito processual. 4ªsérie*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 93.

[40]ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 297.

[41]AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 321.

[42]LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 60.

[43]AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 321.

[44]THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Juriscíve*l 69/44.

[45]WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 49-50.

[46]SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 391.

[47]SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 393.

[48]SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 393.

[49]CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1965, p. 891.

[50]DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 306.

[51]NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

[52]CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição - noções fundamentais. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1980. p. 9.

[53]Reproduzimos aqui o entendimento de Nelson Nery Junior, para quem a citação constitui pressuposto processual de existência do processo: “Muito embora com o despacho da petição inicial já exista relação angular entre autor e juiz, para que seja instaurada, de forma completa, a relação jurídica processual é necessária a realização da citação. Portanto, a citação é pressuposto processual de existência da relação processual, assim considerada em sua totalidade (autor, réu, juiz)”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 404.

[54]CORREIA, André de Luizi. A *citação no direito processual civil brasileiro*. Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 46. São Paulo: RT, p. 32.

[55]SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 396-397.

[56]SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 397.

[57]BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Justitia*, v. 156. out./dez. 1991. p. 51.

[58]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.* 9. ed. São Paulo: RT, p. 126.

[59]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.* 9. ed. São Paulo: RT, p. 137.

[60]Conferir: *RJTJRS* 63/76.

[61]NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo.* 9. ed. São Paulo: RT, p. 465.

[62]NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504.

[63]Ressalva a convenção de arbitragem: CPC 301 § 4º.

[64]NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed.

rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 166.

[65]NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 505.

[66]STJ, REsp 864362/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 26.08.2008, *DJe* 15.09.2008: "1. Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos **pressupostos processuais** podem ser conhecidos **ex officio** no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula nº 456 do STF (Precedentes: REsp 698.061 - MG, Relatora Ministra ELIANA CALMON), Segunda Turma, DJ de 27 de junho de 2005; REsp 869.534 - SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ de 10 de dezembro de 2007; REsp 36.663 - RS, Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Segunda Turma, DJ de 08 de novembro de 1993)".

[67]REsp 737999/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho, 4ª Turma, j. 23.08.2005, *DJ* 26.09.2005: "**PRESSUPOSTOS** DE CONSTITUIÇÃO DA AÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. C**ONHECIMENTO EX OFFICIO** PELO TRIBUNAL. CPC, ART. 267, IV C/C § 3º".

[68]O efeito translativo dos recursos, manifestação do princípio inquisitivo, tem como objeto as matérias de ordem pública, o que significa dizer que "O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso [...]". NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 815.

[69]NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 815.

[70]Alguns doutrinadores, dentre eles citados Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, denominam essa situação de *reformatio in pejus* permitida. Conferir: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 810.

[71]LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Da expressa proibição à "decisão-supresa" no Novo CPC. In: O Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, maio/2015, p. 163.

[72]Trazemos primeiramente à colação a experiência materializada no ordenamento português, no artigo 3º, item 3, cuja redação é a seguinte: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem".

[73]O Código de Processo Civil italiano, no artigo 183, 4ª alínea, disciplina: "o juiz indica às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão", dispositivo legal este que expressamente consigna o dever imposto ao juiz de provocar o debate das questões cognoscíveis de ofício.

[74]O direito francês também veicula comando nesse mesmo sentido no artigo 16, alínea 1ª, ao consignar que: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, provocar o respeito e respeitar ele mesmo o princípio do contraditório", que deve ser conjugada com sua alínea 3ª, segundo a qual "ele não pode fundamentar sua decisão em motivos, explicações e documentos propostos de ofício sem ter antes solicitado às partes que apresentassem suas defesas".

[75]Por seu turno, o direito alemão, como que a reunir a experiência do direito italiano e do direito francês, veicula, na segunda alínea do artigo 139, reformado em 2004, vedação às chamadas *sentenças com surpresa*, de sorte a conter dispositivo legal que permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido pelas partes, somente quando tiver provocado o debate, providência esta que também se aplica quando a decisão estiver fundamentada em entendimento de direito diverso do proposto pelas partes. Demais, a alínea terceira do mesmo dispositivo legal determina ao magistrado, ainda, dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados *ex officio*.

[76]LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Da expressa proibição à "decisão-surpresa" no Novo CPC. O Novo Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 126, p. 163, maio 2015.

[77]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. São Paulo: JusPodivm, 2007. p. 101.

[78]DUARTE, Zulmar. Contraditório cooperando de boa-fé: por uma nova gramática do processo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo/>. Acesso em: 16 maio 2015.

[79]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.

[80]Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

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.

16

SUJEITOS DO PROCESSO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

O dinamismo da relação processual e o complexo de atos procedimentais envolvidos no desenvolvimento dessa relação exigem a participação de diversas pessoas. São os *atores* do processo, lembrando que atuar procede do latim *actuare* (representar, fazer algo, ou, mais propriamente, praticar o ato).

A tarefa, agora, é identificar quem vai praticar os atos do processo, ou, quem vai *atuar* no processo. Trata-se de saber quem, com sua atividade, vai concorrer, em maior ou menor grau, para a movimentação e consequente desenvolvimento da relação processual. Essas pessoas são chamadas de **sujeitos processuais**.

16.1. SUJEITOS PRINCIPAIS. AUTOR E RÉU

16.1.1. Aspectos conceituais e terminológicos

Para, desde logo, indicar os sujeitos principais valemo-nos do que Cândido Dinamarco[1] chama de *esquema mínimo* da relação processual: uma

pessoa, formulando um pedido em face outra pessoa, o que envolve necessariamente autor, Estado-juiz e réu. Essa ideia remonta à antiga alocução "*judicium est actum trium personarum*".

Dentro dessa perspectiva, fácil identificar aqueles que seriam os atores principais, os protagonistas da estória, para os quais todos voltam os olhos durante o desenvolver da relação processual. Esses são os **sujeitos principais**, entre os quais identificamos, em primeiro lugar, o **autor** (*aquele que formula uma pretensão em juízo*) e o **réu** (*aquele em face de quem se formula tal pretensão*).

Cabe, nesse passo, uma observação de ordem terminológica. Em termos de teoria geral, ao invés de autor e réu (aplicável, mais propriamente, ao processo de conhecimento), melhor dizermos **demandante** e **demandado** (englobando, assim, o *exequente* e *executado* do processo de execução, o *impetrante*, no mandado de segurança; *reconvinte* e *reconvindo*, na demanda ulterior reconvencional etc.).

Demandante e demandado são o que chamamos de **partes.** São partes na demanda[2] e, também, partes no processo. Tem toda pertinência, aqui, mencionar a definição que Liebman apresenta de partes como sendo "*os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz*, ou seja, os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento".[3] O conceito de Chiovenda descreve muito bem quem são as partes na demanda, mas, como bem observa Dinamarco,[4] o de Liebman é mais abrangente, identificando as partes no processo, o que permite englobar, por exemplo, o assistente. De fato, não se pode deixar de considerar que no processo, além de demandante e demandado, necessariamente existentes, pode haver outras pessoas que efetivamente atuam, em nome próprio, estão sujeitas ao poder jurisdicional, influenciam no convencimento do juiz e submetem-se ao complexo de deveres e ônus estabelecidos no Capítulo II do Título I do Livro III do CPC (arts. 77 a 96).[5]

Nunca é demais ressaltar que quando aqui falamos em "parte" estamos nos referindo a **parte processual**. Essa é uma constatação objetiva que deve ser feita a partir da observação de quem está atuando no processo. Se o papel lhe cai bem ou não, se seria mais adequado estar em seu lugar fulano ou beltrano, é algo irrelevante para identificação da parte, no sentido processual. Será relevante, sim, para a aferição da **legitimidade de parte**, mas não para a identificação de parte, no sentido puro. Para aferir se a parte é legítima

devemos verificar sua pertinência à relação jurídica material deduzida (legitimidade ordinária) ou se a lei, no caso, lhe confere excepcional qualidade para estar em juízo em nome próprio defendendo interesse alheio (legitimidade extraordinária),[6] mas isso nada interfere na sua condição de parte processual. A parte ilegítima deve ser excluída do processo, e esse fato poderá até mesmo provocar a sentença sem resolução de mérito (art. 485, VI), mas, enquanto estiver no processo será parte, com todas as consequências derivadas dessa qualidade.

Nunca é demais destacar, ainda, que o **representante não é parte**. Recorda-se, aqui, a definição de Chiovenda[7] quando explica que parte é quem demanda um prestação jurisdicional "*ou em cujo nome é demandada*". Em outras palavras, se a parte for incapaz ela precisará estar em juízo através de um representante, mas não perde a qualidade de parte por causa desse fato. Essa questão diz respeito à capacidade processual, já tratada no Capítulo 15, ao qual remetemos o leitor.

16.1.2. Aquisição da qualidade de parte

Já dizia Liebman que a qualidade de parte se adquire através da propositura da demanda, por força de sucessão ou ainda por intervenção em processo já instaurado.[8] Em sentido semelhante, Dinamarco[9] fala em p*ropositura da demanda*, *citação*, *sucessão* e *intervenção espontânea.*

Com a propositura da demanda, são definidas as partes na demanda e se inicia a relação processual (demandante – Estado-juiz). O demandante é, assim, desde logo, parte na demanda e parte no processo. Já o demandado, parte na demanda desde o ajuizamento desta, passa a ser parte no processo apenas com sua citação (art. 240, *caput*). É também pela citação que adquirem a qualidade de parte no processo as pessoas que ingressam pela intervenção forçada (como o denunciado, na denunciação da lide, o chamado, no chamamento a processo etc.).

A sucessão ocorre nas hipóteses dos arts. 108 a 110, dentro do capítulo intitulado "Da sucessão das partes e dos procuradores". A respeito, portanto, da *sucessão*, fixa o legislador a regra de que só se admite a mudança da parte quando houver expressa autorização legal. As situações abordadas são duas.

A primeira diz respeito à alienação de bem litigioso. Apesar de tal ato operar mudança na estrutura subjetiva da relação jurídica material, as partes no processo permanecem as mesmas, salvo se a outra parte o consentir (art. 109, § 1º). Assim, a sucessão, nesse caso, só ocorrerá se houver tal autorização. Caso contrário, o que resta ao adquirente é, se quiser, intervir na qualidade de assistente litisconsorcial (art. 109, § 2º). A segunda, por seu turno, trata da sucessão *causa mortis*, que efetivamente provoca mudança na parte processual, que passa a ser o espólio (se a partilha ainda não ocorreu) ou os sucessores (caso já tenha se operado), tudo conforme art. 110. Ressalva-se a hipótese em que se trate de direito intransmissível, quando, ao invés de ocorrer sucessão, a solução será a extinção do processo (art. 485, IX).

Finalmente, a intervenção voluntária que se dá na assistência (tratada no Capítulo 19 deste livro) e no recurso de terceiro (art. 996).

16.1.3. Direitos, obrigações, deveres, ônus e responsabilidades das partes

É de se advertir, em primeiro lugar, que alguns dos deveres aqui expostos abrangem também todos os que de qualquer forma atuam no processo. Contudo, a responsabilidade derivada de sua violação, prevista nos arts. 79 a 81, só se refere às partes, motivo pelo qual estamos tratando de todos esses itens dentro da rubrica das partes.

Conforme destaca Humberto Theodoro Jr.,[10] o processo, como relação jurídica que é, implica a criação de direitos processuais (derivados da própria garantia de ação e ampla defesa, bem como do devido processo legal), obrigações (que sujeitam a prestações de cunho econômico), deveres (prestações que não têm expressão econômica) e ônus (imperativos do próprio interesse, no dizer de Goldschmidt[11]).

Desse modo, entre os direitos processuais, além da ação e defesa, diretamente previstos na Constituição, temos o de ser tratado de forma isonômica (derivado genericamente do art. 5º, *caput*, da CF e especificamente do dever imposto ao juiz pelo art. 139, I, do Novo CPC), ser julgado por juiz imparcial (decorrente da proibição do juiz impedido ou suspeito – arts. 144 e 145) etc.

As obrigações processuais, por seu turno, dizem respeito ao custo

econômico do processo, envolvendo principalmente antecipação das custas dos diversos atos processuais e o pagamento final pelo vencido (arts. 82 a 97, do Novo CPC).

Os deveres das partes são de várias ordens e se encontram em diversos pontos do Código de Processo Civil, como o dever de cooperação (art. 6º);[12] o de colaborar com o descobrimento da verdade (art. 378); o de comparecer em juízo para ser interrogado (art. 379, I); e o de submeter-se à inspeção judicial (art. 379, II). No momento, ocupar-nos-emos do previsto especialmente no Capítulo II do Título I do Livro III do Novo CPC, intitulado "Dos deveres das partes e de seus procuradores".

A primeira regra a ser examinada corresponde ao dever de lealdade processual, expresso no art. 77, e abrange não somente as partes, mas todos os que atuam no processo (aí incluídos, portanto, os advogados e os auxiliares da justiça). Esse dever é reforçado pelo disposto no art. 5º do Novo CPC, que exige comportamento de boa-fé de todos os que participam do processo.

A atividade da parte, embora seja naturalmente tendente a buscar o seu próprio interesse, deve ser pautada por padrões éticos. Afinal, a premissa é de que a atividade das partes no processo deve servir para o juiz alcançar melhor conhecimento do que ocorreu e o correto enquadramento jurídico. O atuar das partes não deve servir para desviar o juiz da decisão justa. Como dizia Calamandrei, no célebre ensaio em que compara o processo a um jogo, a *habilidade* é permitida, mas não a *trapaça*.[13]

É pautado nessa premissa que o Código procura fixar parâmetros de atuação tais como: (a) dizer a verdade (art. 77, I); (b) não apresentar argumentos em juízo sabidamente infundados (art. 77, II); (c) não praticar atos desnecessários (art. 77, III); (d) indicar nos autos o seu endereço para intimações e cuidar de atualizar a informação quando necessário (art. 77, V); (e) cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais e não criar dificuldades para sua implementação (art. 77, IV)[14]; (f) não praticar inovação ilegal no bem objeto de litígio (art. 77, VI);[15] sem contar o dever de comportar-se de acordo com a "boa-fé", já mencionado, e que de certa forma abarcaria as outras hipóteses.

Destaque-se, porém, que o descumprimento do dever previsto nas letras "e" e "f", do parágrafo anterior (correspondente aos incisos IV e VI do art. 77), ao contrário do que ocorre com o das letras anteriores, cuja violação

remete à litigância de má-fé, tem sanção específica prevista no § 2º.[16] A infração a esse dever é qualificada como "ato atentatório à dignidade da justiça"[17] e é apenada com multa de até 20% do valor da causa.[18] Se o valor da causa for irrisório o juiz poderá fixa-la em até 10 (dez) salários-mínimos (art. 77, § 7º). Se essa multa não for paga pela parte, deverá haver a inscrição do débito na dívida ativa da União ou do Estado, para cobrança na forma da Lei da Execução Fiscal. No que diz respeito especificamente ao inciso VI (inovação ilegal), o juiz poderá, ainda, determinar a proibição de falar nos autos até a purgação do atentado, isto é, até o restabelecimento do estado anterior (art. 77, § 7º).

Várias questões surgem desse dispositivo. E se o ato praticado, violador do disposto nos incisos IV, V ou VI, também configurar litigância de má-fé, conforme art. 80? A multa do § 2º elidiria a sanção do art. 81? A resposta é negativa. São penas distintas. O próprio § 2º já dá a entender nesse sentido quando expressa que será aplicável a multa "sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis". Ademais, a multa do § 2º reverte em proveito do Estado, enquanto a cabível por litigância de má-fé tem como beneficiário a parte inocente.

Outro ponto polêmico, mas expressamente resolvido pela lei (art. 77, § 6º), refere-se a não sujeição do advogado à multa pela violação dos incisos IV e VI, apesar de o dever em questão também dizer respeito a ele, a teor do *caput* do art. 77. Assim, mesmo na hipótese de o ato violador ter sido cometido por inspiração do advogado, a pena é aplicável à parte.[19] Se o patrono da parte tiver participação, não se lhe aplicarão as penas do § 2º. O advogado[20] só poderá ser responsabilizado nos termos do Estatuto da OAB, cabendo ao juiz, se for o caso, oficiar à Ordem dos Advogados, conforme prevê o art. 72 da Lei 8.906/1994 ("o processo disciplinar pode instaurar-se de ofício ou *mediante representação de qualquer autoridade*…").

Finalmente, problema surge quando quem pratica a violação é o Poder Público (Estado ou União). Haveria confusão, a ensejar extinção da obrigação, a teor do art. 1.049 do CC? Cândido Dinamarco,[21] tratando do tema à luz do direito anterior, defendia interpretação segundo a qual a multa deveria reverter em benefício do Estado quando o violador for a União e vice-versa, único meio, segundo ele, de superar o impasse sem cairmos na impunidade. Alexandre Freitas Câmara,[22] antes do NCPC, defendia a criação de um fundo gestor ao qual reverteria a multa e seria administrado pelo

Judiciário. O art. 97 do NCPC prevê esse fundo, mas como algo a ser criado. Até que venha a ser criado, o problema permanece.

Quanto ao art. 78, o dever de não injuriar (aqui entendido no sentido amplo de não ofender, e não no restrito e tipificado do âmbito penal) abrange tanto as partes quanto os advogados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e mesmo os juízes. Na verdade, nas palavras da lei, aplica-se a "qualquer pessoa que participe do processo". O âmbito do dever foi sensivelmente aumentado no NCPC e obedece à linha traçada de cooperação e boa-fé envolvendo todos os que atuam no processo. O calor dos debates e a litigiosidade ínsita ao processo não pode redundar em falta ao dever de urbanidade. O respeito é sempre exigível.

Na seção dedicada à responsabilidade das partes, o Código prevê a litigância de má-fé e as consequências dela advindas. Primeiro, no art. 79, estabelece a responsabilidade por perdas e danos daquele que litigar de má-fé, seja autor, réu ou interveniente. A partir do parâmetro estabelecido no art. 77, já poderíamos concluir que o não agir conforme aquele dispositivo seria precisamente litigar de má-fé. A despeito dessa lógica conclusão, o legislador, como forma de dar maior efetividade aos preceitos éticos e moralizadores da conduta processual, elenca no art. 80 o que deve ser reputado como litigância de má-fé.

Nota-se, nessas hipóteses, uma clara correspondência aos incisivos do art. 77. Vejamos o que prevê o art. 80, comparando com o art. 77: (a) deduzir pretensão ou defesa contra texto de lei ou fato incontroverso (inciso II, do art. 77); (b) alterar a verdade dos fatos (inciso I, do art. 77); (c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal (aqui a correspondência é com o dispositivo geral do art. 5º); (d) opor resistência injustificada ao andamento do processo (pode apresentar similitude com os incisos III ou IV, do art. 77); (e) proceder de modo temerário (inciso III, do art. 77); e (f) interpor recurso protelatório (inciso III, do art. 77).[23] Outro ponto a ser considerado nessa relação é que o legislador, como anotava Bedaque[24] à luz do dispositivo similar do direito anterior, apresenta *expressões abertas*, abrindo boa margem para interpretação judicial (devidamente justificada, e não discricionária!). Justamente por se tratar de expressões abertas, é bastante comum o mesmo ato poder ser considerado violação a um inciso e a outro do mesmo art. 80.

Ocorrendo litigância de má-fé,[25] o art. 81 prevê responsabilidade para a parte nos seguintes termos:

a) condenação às penas ali previstas pode ser dar de ofício ou mediante provocação;
b) abrange multa superior a 1% do valor corrigido da causa (e inferior a 10%),[26] indenização pelos prejuízos, além da condenação a honorários e despesas;
c) quanto à indenização por danos, poderá ser fixada desde logo pelo juiz, ou, se não for possível mensurar, será liquidado mediante arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.[27]

Finalmente, gostaríamos de observar que a aplicação mais severa das penas de litigância de má-fé é de todo recomendável para o bom andamento da tarefa jurisdicional. Nota-se, por parte de alguns magistrados, certa leniência, nesse particular. Essa tendência mais branda, ainda que eventualmente motivada por bons propósitos (não prejudicar o contraditório, por exemplo), não condiz com a ênfase dada ao dever de cooperação entre os sujeitos do processo. Lembre-se, inclusive, que a conduta de má-fé, reiterada e multiplicada em inúmeros processos é uma das causas da morosidade do Judiciário.

16.2. O JUIZ, SEUS PODERES E DEVERES



16.2.1. Características, garantias e vedações

Outra figura de destaque, que imediatamente se visualiza no contexto do processo, é a do juiz. É perante o juiz que se desenvolve o debate entre as partes. Mais do que isso, na visão contemporânea do processo o juiz deve ter efetiva participação no diálogo inerente ao contraditório. Antigamente, destacava-se a posição superior que o juiz ocupava no processo. Hoje, sobretudo à luz das disposições do NCPC, chega-se a dizer que o "*juiz está no mesmo nível das partes na condução da causa, tendo ele mesmo de observar o contraditório como regra de conduta, alocando-se em uma posição acima das partes apenas quando impõe sua decisão*".[28]

Na realidade, a figura em questão é a do Estado, entre cujas funções (administrar, legislar, julgar) se insere a jurisdicional, que ora nos interessa estudar. Como, porém, o Estado se vale do juiz para poder exercer tal função, é ele quem visualizamos no processo. Considerando, assim, que o juiz faz o papel do Estado no processo, vários doutrinadores preferem falar em Estado-juiz. De fato, essa expressão parece mais adequada para revelar o fenômeno em sua inteireza.

Vislumbrando, dessa forma, no juiz, a face do Estado no processo, podemos compreender melhor as características desse que é um dos sujeitos principais do processo.[29] Se é o Estado, em exercício de poder, que está se apresentando, a preocupação deve estar voltada para que sua atuação seja marcada pela efetividade (sem a qual não há que se falar em poder[30]), mas, também, tenha as balizas adequadas para que não seja arbitrária (daí o dever de motivar – art. 93, IX, da CF; a garantia da publicidade – art. 93, IX – que permite maior transparência; a exigência do contraditório – que se apresenta como o meio de participar da formação da decisão e atuação do poder jurisdicional etc.).

A principal característica é a imparcialidade, ideia ínsita ao próprio conceito de juiz, e, para que isso efetivamente ocorra, o legislador, desde o constitucional até o ordinário, estabelece todo um complexo normativo. Realmente, pouco adiantaria uma regra literal afirmando que o juiz deve ser imparcial. O que fazer, que cuidados tomar, para que o juiz realmente seja imparcial? Com esse propósito, além da expressa consagração do princípio do juiz natural, já comentado no Capítulo 6, a Constituição Federal se incumbe de prever garantias e de impor vedações ao magistrado, objetivando preservar sua imparcialidade.

Garantias, porque o juiz, como todo ser humano, é suscetível de sofrer

pressões, o que poderia prejudicar sua isenção. Assim, o legislador constitucional, no art. 95, em primeiro lugar, procura garantir o exercício de sua função de magistrado, tornando seu cargo vitalício, adquirido após o período inicial de dois anos (**vitaliciedade**). O juiz vitaliciado só pode perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. Também se pretende que o juiz tenha condição de exercer sua função com tranquilidade, sem receio de ser transferido para outro lugar, contra sua vontade. É a garantia da **inamovibilidade**, aplicável até mesmo em caso de transferência em virtude de promoção na carreira. A inamovibilidade só não prevalecerá no caso de o Tribunal (ou Conselho Nacional de Justiça), por maioria absoluta de votos, decidir que a remoção se impõe por razões de interesse público (art. 93, VIII, da CF). Finalmente, a **irredutibilidade de subsídios**, destinada a fazer com que o juiz tenha segurança financeira para poder atuar nos seus misteres. Naturalmente, a garantia em pauta não implica isenção de pagamento de impostos, como o próprio inciso III do parágrafo único do art. 95 da CF, deixa claro, com suas remissões.

Por outro lado, também leva em conta o legislador constitucional que o ser humano pode ser desviado das boas ações por influência de terceiros. Em função disso, procura-se vedar situações que coloquem o magistrado sob tal risco, como seria o caso se lhe fosse permitido receber presentes das partes; exercer atividade político-partidária etc. (tudo conforme parágrafo único do art. 95 da CF).

Essa mesma preocupação com a imparcialidade pode ser encontrada nos preceitos do CPC que tratam da suspeição e do impedimento.

Tratemos da suspeição. O art. 145 da Lei Processual Civil reputa fundada a suspeita do juiz que se enquadre em algumas das circunstâncias nele compendiadas. Assim, por exemplo, a inimizade figadal ou a amizade íntima, seja com a parte, seja com o advogado (inciso I), o recebimento de presentes de quem tem interesse na causa (inciso II), enfim, tudo aquilo que possa ser entendido como suscetível de tirar o juiz da sua natural isenção, prejudicando a sua condição de sujeito que se coloca entre as partes. São situações em que a relação que o juiz tem ou teve com uma das partes (ou procurador da parte) ou com o objeto do litígio faz supor risco de que ele seja tendencioso naquele processo. Além dos incisos I a IV, o NCPC prevê ainda a suspeição por motivo íntimo, espécie de cláusula genérica, que permitiria ao juiz consciencioso afastar-se de um determinado litígio em que ele mesmo

entrevê dificuldades para se manter imparcial, mesmo que a circunstância em pauta não se enquadre nas situações anteriores (art. 145, § 1º).

Outra figura é o impedimento, e o art. 144 enumera situações que supostamente também afetariam a condição de imparcial, ínsita ao juiz. A maior proximidade a um dos lados do conflito revela aqui um alto risco de perda da imparcialidade, o que leva o legislador a vedar a atividade do juiz naquele processo. Observe-se que, no impedimento, ao contrário do que ocorre em vários dos casos de suspeição, as circunstâncias são objetivamente verificáveis e podem ser constatadas mediante prova que normalmente não oferece maior dificuldade na apreciação. Basta um breve exame das situações previstas no art. 144 para chegarmos a tal conclusão (*v.g*., verificar se o juiz é ou não filho de uma das partes normalmente não exigirá mais do que o exame de certidão de nascimento).

Desse modo, o próprio tratamento legislativo revela que o legislador tomou como mais grave o impedimento que a suspeição. O impedimento é vício que, se não alegado de pronto, permanece ao longo de todo o processo, e mesmo depois pode ser discutido através de ação rescisória (art. 996, II). Todavia, se a suspeição não for alegada na primeira oportunidade (prazo de 15 dias), operar-se-á preclusão, ficando tal vício superado.

Assim, para tentar garantir a imparcialidade, o legislador, tanto constitucional quanto ordinário, age principalmente de modo preventivo. É claro que podemos imaginar um magistrado com tal senso moral que mesmo se uma das partes for seu filho consegue manter total isenção. Como, porém, é intuitivo que, numa circunstância como essa, muitas pessoas não lograriam manter-se imparciais, o legislador, novamente levando em consideração que o juiz é um ser humano, prefere afastar o risco.[31]

No sentido técnico-processual a suspeição ou impedimento em si mesmos não representam desdouro ao magistrado. Não se está dizendo que ele agiu de forma parcial, mas, apenas, que está em uma circunstância que talvez possa tornar difícil a ele manter-se isento. Por outro lado, o agir parcial em si mesmo – já não suposição, mas a constatação efetiva – pode ensejar, além da nulidade do ato, consequências criminais (ex.: o juiz corrupto) e administrativas (sanções na esfera profissional, repercutindo na carreira do juiz).

16.2.2. Poderes e deveres do juiz no processo

Dizer que o juiz, quando atua no processo, possui poderes não surpreende, uma vez que ele é o próprio Estado em juízo. Ademais, se levarmos em conta que o processo, embora se inicie por atuação da parte, **se desenvolve por impulso oficial** (art. 2º do NCPC), isto é, pela atividade do magistrado, fácil concluir que só mesmo a existência de autênticos poderes permitiria a ele se desincumbir dessa tarefa.

Acontece que esses poderes, examinados sob outra ótica, não deixam também de ser deveres, pois, ao mesmo tempo em que o magistrado tem mecanismos para obrigar os outros à obediência, tem o dever de fazer uso deles quando tal se tornar necessário. Isso, a começar do próprio exercer da jurisdição: expressa poder, uma vez que implica sujeição, mas, examinando pelo ponto de vista do jurisdicionado, temos que o Estado-juiz não pode negá-la a quem solicita (inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV, da CF). Trata-se, portanto, como bem salienta Cândido Dinamarco,[32] de autênticos poderes-deveres. Relevante observar que esse fenômeno tem forte ligação com o fato, destacado por boa doutrina, de que o juiz, no processo, como regra não tem, salvo em raras situações, poder discricionário.[33] Assim, por exemplo, caso lhe seja requerida uma liminar em dada situação de urgência, desde que os requisitos estejam presentes, ele não apenas tem o **poder** de concedê-la, mas **deve** fazê-lo, em obediência à promessa de tutela jurisdicional efetiva, existente na Constituição, que ele tem a missão de implementar. A existência de certo grau de subjetividade na interpretação dos requisitos para a concessão ou não de uma medida, por eventualmente envolver análise de conceitos indeterminados, não se confunde com discricionariedade.

Esses poderes (ou poderes-deveres) podem ser classificados de diversas formas. Para Moacyr Amaral Santos,[34] a primeira grande divisão leva em conta, de um lado, a sua qualidade de sujeito do processo, de outro, a de autoridade que tem incumbência de assegurar o desenvolvimento regular dos atos processuais. Teríamos assim, nessa ordem, *poderes jurisdicionais* e *poderes de polícia*.[35]

Entre os poderes jurisdicionais, o mesmo processualista entrevê os *ordinatórios*[36] (destinados a promover o andamento do processo), os

instrutórios (relativos à colheita de provas) e os *finais* (que têm caráter decisório).[37]

Prosseguindo no intuito classificatório, Moacyr Amaral Santos inclui entre os ordinatórios, os de *inspeção* (petição inicial está regular?; representação processual está regular? etc), *concessão* ou *recusa* (por exemplo, prorrogar prazos, na hipótese do art. 222), *nomeação* (exemplo: curador especial na hipótese do art. 72, II), poderes de *repressão* (ex., impor pena por litigância de má fé), poderes de *iniciativa* (como a determinação de que litisconsorte necessário deve comparecer em juízo.[38]

Os poderes instrutórios, por sua vez, passaram a ser grandemente enfatizados nas últimas décadas aqui no Brasil. Com efeito, a doutrina mais tradicional não admitia – a não ser em situações excepcionais – a produção de provas de ofício[39] (art. 370 do NCPC). Vários autores, porém, nas últimas décadas, cuidaram de afastar alguns mitos que permaneciam no trato da matéria.[40] O problema, em suma, era o forte receio de que o juiz perdesse sua imparcialidade se lhe fosse autorizado, de um modo geral, determinar de ofício a produção de provas. Parece-nos que esse receio não procede. O juiz não pode, evidentemente, querer favorecer esse ou aquele litigante, mas deve estar interessado em que saia vencedor aquele que tem razão (a pessoa que merece a tutela jurisdicional). Ao determinar a realização de prova que julgue importante para formar o seu convencimento, não se torna, por isso, tendencioso. A realização da prova pode, isso sim, torná-lo mais apto a julgar com efetivo conhecimento dos fatos, favorecendo o escopo de proferir a decisão mais justa.

Quando se fala em poderes instrutórios, entretanto, não se está referindo apenas ao poder de determinar provas de ofício. Poderes instrutórios dizem respeito às atividades do juiz na orientação e desenvolvimento da instrução, tais como a inquirição de partes e testemunhas, a formulação de quesitos, indeferimento de perguntas ou quesitos, determinação de nova perícia e indeferimento de provas inúteis ou protelatórias.

Os poderes-finais, por sua vez, são voltados ao julgamento e à efetivação prática dos direitos. Nesse campo, costuma-se destacar a íntima ligação com o dever de julgar (ver art. 5º, XXXV, da CF), ainda que a causa não lhe pareça totalmente esclarecida (art. 140 do NCPC).[41] Mais uma vez, fica destacado o fato de que os poderes do juiz devem ser encarados como verdadeiros poderes-deveres.

Com respeito aos poderes de polícia, que têm caráter administrativo, observamos sua presença, de modo mais pronunciado, nas audiências, embora estejam presentes em vários pontos da atividade processual.

Sobre tais poderes na audiência, sua sede natural, encontramos principalmente o disposto no art. 360 do NCPC, que atribui ao juiz o encargo de manter a ordem e o decoro em audiência (inciso I), podendo ordenar a retirada da sala de audiência daqueles que não se portarem devidamente (inciso II), até mesmo requisitando força policial, se for o caso (inciso III). Naturalmente o bom senso e a proporcionalidade devem dar a medida para o correto exercício do poder de polícia nas audiências.

Athos Gusmão Carneiro,[42] escrevendo à luz do direito anterior, também incluía no poder de polícia na audiência o previsto no parágrafo único do art. 446 do CPC/1973, que conferia poder ao magistrado de permitir ou não que o advogado interviesse durante um depoimento. O referido preceito encontra similar no parágrafo único do art. 361 do CPC/2015.

Finalmente, quanto aos deveres do juiz, conforme falado, costumam acompanhar os próprios poderes, inseridos que estão na missão maior, constitucionalmente atribuída, de prestar jurisdição. Cabe apenas acentuar, especificamente falando em deveres, o de atuar de forma imparcial, e imprimir celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF), evitando as delongas do serviço judiciário e as manobras protelatórias de alguma parte. Impende apontar, porque o próprio legislador inseriu em rubrica própria (Título IV do Livro I da Parte Geral – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça), o dever de julgar, mesmo em caso de lacuna na lei (art. 140), já referido anteriormente; o de só decidir por equidade excepcionalmente, nos casos e limites da lei (art. 140, parágrafo único) e o de decidir nos limites da demanda (art. 141 – princípio da congruência).

16.2.2.1. Os poderes-deveres do art. 139

Como se pôde perceber, os poderes e deveres do juiz encontram-se disseminados pelo Código de Processo Civil e seu detalhamento, na medida do necessário para os propósitos do curso, será feito ao tratarmos da matéria específica a eles atinente.

Nesse momento, cabe abordar aqueles poderes e deveres que o próprio Código destacou de modo específico, em rubrica própria, quais sejam, os referidos no art. 139. Uma palavra sobre cada um deles.

O primeiro indicado na relação do art. 139 é o de *assegurar igualdade de tratamento para as partes*. É decorrência direta do princípio da isonomia previsto no art. 5º da CF. O juiz, ao dirigir o processo, deve, evidentemente, zelar pelo cumprimento de todos os princípios que estão à base do nosso sistema processual e, dentre eles, o da igualdade.

Como se costuma dizer, o princípio da igualdade no processo tem dois endereçamentos: o legislador e o juiz. O legislador deve cuidar de elaborar normas conformes ao princípio da isonomia (no seu aspecto substancial e não meramente formal) e o juiz, além de observar as regras que foram editadas dentro desse princípio, deve interpretar e aplicar as normas, sobretudo em situações de dúvida, de modo a dar efetividade à igualdade.

Em seguida, temos a exortação no sentido de que zele pela duração razoável do processo. Esse dispositivo deve ser lido em consonância com o disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF. A duração razoável não significa necessariamente processo rápido. O processo tem de ter a duração que for razoável, cuja aferição é realizada no caso concreto, levando em conta fatores como a complexidade da causa. Isso significa, entre outras condutas, atentar para os atalhos estabelecidos pelo legislador (como o julgamento antecipado do mérito do art. 355), empenhar-se no cumprimento de seus prazos e evitar delongas tanto do serviço judiciário quanto de alguma parte mal intencionada.

O terceiro inciso impõe ao juiz o dever de prevenir e reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. Aqui devemos compreender a utilização dos mecanismos que o sistema processual dispõe para que o processo se desenvolva dentro de padrões éticos. Cabe nesse rol não só a prática de atos para combater as situações descritas no art. 774 (nominadas expressamente como sendo atos atentatórios à dignidade da justiça), mas também aquelas descritas como litigância de má-fé (art. 80). O indeferimento de postulações meramente protelatórias, além de reprimir a má-fé, ajuda a implementar a duração razoável do processo.

O quarto inciso, relativo à aplicação de medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem

judicial, visa a tornar o juiz apto a promover a efetividade da atividade jurisdicional.[43]

O quinto inciso vem na esteira da disposição do legislador em incentivar mecanismos alternativos para a solução dos litígios. Aliás, o NCPC, tentando potencializar o emprego desses meios, insere-os logo no início do procedimento, antes mesmo da contestação (ver audiência de mediação e conciliação – art. 334). Não obstante essa tentativa inicial, o juiz deve ainda, se aquela não tiver tido êxito, tentar a conciliação no início da audiência de instrução (art. 359).

O sexto inciso confere poder ao juiz de flexibilizar o procedimento (dilatando prazos ou alterando ordem da produção das provas) para dar maior efetividade ao processo.

O poder de polícia do magistrado, já referido anteriormente, também tem previsão expressa em um dos incisos do art. 139. Verifica-se, ainda, que o Novo Código procura dar maior destaque a determinados poderes que já se podiam considerar inerentes à luz do CPC de 1973: o poder/dever de determinar o comparecimento das partes para indaga-las sobre fatos da causa (aspecto do dever de esclarecimento, que é parte do dever de cooperação) e o poder de sanear (determinar suprimento de vícios do processo). Finalmente, o NCPC, para potencializar a utilização dos mecanismos de solução coletiva dos conflitos, estabelece o dever de comunicar ao Ministério Público, Defensoria e outros legitimados da existência de demandas repetitivas sobre determinado tema.

16.2.3. Responsabilidade do juiz

O juiz naturalmente está sujeito a deveres no processo. Assim sendo, o seu descumprimento desses deveres deve lhe gerar responsabilidade. Os limites dessa responsabilidade estão expressos no art. 143 do NCPC e, como veremos, se dá num âmbito mais restrito do que a multiplicidade dos deveres do juiz poderia fazer crer.

A responsabilidade prevista no art. 143 está no âmbito civil, e implica perdas e danos, e tal se opera sem prejuízo de eventuais sanções penais ou administrativas a que o magistrado possa se sujeitar. Apenas para referência, a infringência, pelo juiz, de seus deveres no processo poderá, conforme o caso, também configurar os crimes de prevaricação (art. 316 do CP) ou

concussão (art. 317 do CP).

A responsabilidade por perdas e danos, prevista no art. 143, difere em parte do sistema geral de responsabilidade civil que encontramos no Código Civil (arts. 927 a 954). Em primeiro lugar, a situação prevista no inciso I ("no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude") claramente exclui modalidade culposa.

Já a previsão do inciso II, "recusar, omitir ou retardar" providência requerida pela parte, ou que lhe caiba tomar de ofício, admite a simples culpa. Aliás, a exclusão da responsabilidade, nesse caso, e por expressa determinação legal, dá-se pela apresentação de *motivo justificado*, o que elidiria a culpa. Note-se que a verificação dessa hipótese está condicionada à existência de requerimento da parte, por meio do escrivão, para que determine a providência, requerimento esse não atendido em dez dias (parágrafo único, art. 143).

A responsabilidade do juiz ocorrerá nos termos do mencionado dispositivo legal, sem prejuízo da do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Aliás, a redação do art. 143, ao falar em "responsabilidade regressiva" do juiz, sugere que a parte prejudicada deve demandar o Estado que, por sua vez, poderia agir regressivamente contra o magistrado.[44]

16.3. O MINISTÉRIO PÚBLICO

16.3.1. Características, garantias, vedações e responsabilidade

O Ministério Público é instituição permanente, que exerce função considerada essencial à justiça e sua vocação é "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, CF).

Essa missão precípua serve de baliza para a correta interpretação das situações em que ele deve atuar no âmbito processual civil.

As principais características desse órgão, bem como os princípios que o informam, podem ser encontradas na própria Constituição Federal. Em primeiro lugar, sua autonomia. O Ministério Público, nos moldes da

Constituição de 1988, não está vinculado a nenhum dos Poderes da República. Mesmo a eventual representação da União, nas comarcas do interior, que lhe era atribuída na Constituição anterior (art. 95, § 2º, da Constituição de 1969), lhe foi suprimida.

Quanto aos princípios que o regem, temos a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, da CF).

Por *unidade e indivisibilidade*, temos que a atuação de cada membro do Ministério Público é tida como do próprio órgão. Ela não é pessoal (sendo irrelevante qual o agente que no caso está atuando).[45]

A indivisibilidade institucional em nada interfere na sua divisão em termos organizacionais, conforme expressa o art. 128 da CF. Essa divisão estrutural leva em consideração que o Ministério Público, embora independente do Judiciário, exerce suas funções predominantemente perante essa instituição. Assim, podemos notar certa correspondência em termos estruturais: (a) Ministério Público da União, subdividido em Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios – atuando perante o STF e STJ e a Justiça comum Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar e perante a Justiça do Distrito Federal e Territórios; (b) Ministério Público dos Estados – atuando nas várias Justiças Estaduais.

Quanto à independência funcional, temos preocupação semelhante à observada para com os magistrados: evitar que sejam submetidos a pressões que possam prejudicar o cumprimento de sua missão constitucional.

É justamente por isso que lhe são dadas as seguintes garantias: vitaliciedade; inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 128, § 5º, I, da CF).

Pelas mesmas razões, são estabelecidas vedações aos membros do Ministério Público que são parcialmente semelhantes às dos magistrados: (a) receber custas ou honorários pelo processo em que atuar; (b) exercer advocacia; (c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; (d) exercer outra função pública salvo uma de magistério; (e) exercer atividade político-partidária; (f) receber contribuições de pessoa física ou entidade, salvo exceções previstas em lei (art. 128, § 5º, II, da CF).

A responsabilidade do membro do Ministério Público, de modo semelhante ao que ocorre com o magistrado, incidirá quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções, e também tem caráter regressivo

(art. 181 do CPC).

16.3.2. Sua atuação no processo civil

O conceito de parte, anteriormente apresentado, permite concluir, sem dificuldade, que o Ministério Público, quando atua, será sempre **parte no processo** (sujeito do contraditório instituído perante o juiz), mesmo quando não seja parte na demanda.

O Código de Processo Civil estabelece uma divisão em termos de atuação do Ministério Público: (a) na qualidade de autor – art. 177; (b) na qualidade de fiscal da ordem jurídica[46] – art. 178. Em ambos os casos, porém, é igualmente titular de poderes e ônus, como parte na relação processual, podendo requerer produção de provas, tomar medidas processuais previstas na lei e interpor recursos (art. 179). O Ministério Público, em relação a qualquer manifestação sua no processo, inclusive recurso, terá prazo em dobro (art. 180).

Sua atuação como autor revela-se muito evidente nas ações civis públicas da Lei 7.347/1985 (interesses difusos) combinada com a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mas aparece em várias situações específicas de diversos diplomas legais: ação de nulidade de casamento (art. 1.549 do CC); ação rescisória (art. 967, III, do NCPC); ação direta de inconstitucionalidade (art. 129, IV, da CF) etc.[47]

A intervenção do Ministério Público como fiscal (“custos legis”) ocorrerá em diversas situações específicas previstas no ordenamento jurídico, como no mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 12), ação de alimentos (art. 9º da Lei 5.478/1968) etc. O NCPC também procura deixar claro, no parágrafo único do art. 178, que o interesse da Fazenda Pública não se confunde com o interesse público, motivo pelo qual o fato de a Fazenda ser parte no processo não significa necessariamente que o Ministério Público tenha que atuar.

O Novo Código de Processo Civil menciona, de forma específica, em três incisos, casos em que deve haver a atuação do Ministério Público:

a) nos processos em que haja “interesse público ou social”;
b) quando envolver “interesse de incapaz”;
c) nas ações relativas a “litígios coletivos pela posse da terra

rural ou urbana".

Como se percebe, as duas últimas hipóteses são mais específicas. A primeira é determinada pelo fato de o incapaz ser a parte mais fraca da relação, surgindo o MP para assegurar a igualdade no litígio. Cumpre observar, com Cândido Dinamarco, que nesse caso o MP, a rigor, não age como "fiscal da lei", e sim como assistente da parte, uma vez que deve sempre atuar em favor do incapaz.[48] A segunda hipótese foi estabelecida tendo em vista a importância social que tal tipo de conflito assumiu, principalmente nas últimas décadas. A primeira, porém, é genérica, devendo ser avaliada no caso concreto.

Comina a lei de nulidade a falta de intimação do Ministério Público em processo no qual deveria intervir (art. 279, CPC). Essa disposição, porém, deve ser interpretada de forma coerente com a sistemática processual em matéria de nulidades. Entre os parâmetros que devemos observar em matéria de nulidades sobreleva a regra de que não há nulidade sem prejuízo. Assim, por exemplo, se o MP deixou de intervir em processo no qual havia interesse de incapaz e esse último saiu vencedor, não há que se declarar nulidade.[49] É nesse sentido que se deve entender a regra do § 2º do art. 279, que condiciona a decretação de nulidade à prévia intimação do Ministério Público, que deverá se pronunciar acerca da existência ou não de prejuízo.

16.4. O ADVOGADO

16.4.1. Função no processo

O advogado é figura necessária no processo, embora não se trate de parte, e sim de representante da parte. A obrigatoriedade de sua presença ficou consagrada na Constituição Federal de 1988, que o encarta no capítulo das Funções Essenciais à Justiça e declara no art. 133 ser ele "indispensável à administração da justiça". A sua presença no processo perfaz a exigência de capacidade postulatória, um dos pressupostos processuais mencionados anteriormente (Capítulo 15).

A conveniência de sua atuação no processo é justificada, em primeiro lugar, pelo seu conhecimento técnico, o que se afigura essencial para que o

contraditório seja exercido com plenitude. Ademais, o fato de ser uma pessoa não envolvida diretamente no conflito[50] permite um distanciamento psicológico muito útil para que a defesa do interesse da parte não seja prejudicada pelo aspecto emocional.

Ressalte-se que a inserção do art. 133 da CF gerou alguma discussão sobre a adequação da norma da Lei 7.244/1985 que permitia litigar no então Juizado de Pequenas Causas sem estar acompanhado de advogado. Apesar de a Lei 8.906/1994, no seu art. 1º, pretender incluir expressamente a postulação perante os juizados especiais entre os atos privativos de advogado, a ADIn 1.127-8 declarou inconstitucional essa previsão. Hoje em dia, a referida lei foi substituída pela Lei 9.099/1995, que permite litigar em juízo desacompanhado de advogado, nos Juizados Especiais, nas causas até vinte salários mínimos.[51]

16.4.2. Regime jurídico: direitos, deveres, forma de atuação e responsabilidade

O regime jurídico da atividade de advogado é dado, principalmente, pela Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), sem prejuízo de algumas regras encontradas no próprio Código de Processo Civil.

Esclareça-se que por advogado deve ser entendido o bacharel em direito devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Para poder se inscrever no quadro de advogados o bacharel deve passar por um exame específico (art. 8º da Lei 8.906/1994).

Alguns de seus direitos estão previstos no próprio NCPC, art. 107, como o de examinar os autos do processo em cartório ou secretaria do tribunal e tirar cópias, mesmo sem procuração (inc. I), requerer vista dos autos, na qualidade de procurador (inc. II) e retirar os autos sempre que lhe competir falar (inc. III – salvo prazo comum, quando só poderá ser feito mediante prévio ajuste dos advogados envolvidos – § 2º) e são absolutamente essenciais para o correto exercício de sua função no processo. Vários outros direitos complementam o conjunto de garantias e podem ser encontrados nos arts. 6º, 7.º e 7º-A,[52] da Lei 8.906/1994.

Em matéria de deveres, também encontramos disposições no próprio

Novo Código de Processo Civil (arts. 77 e 78), ao lado de uma série de outras normas do Código de Ética e Disciplina, a que a Lei 8.906/1994 faz expressa remissão.

O advogado atua no processo mediante procuração para fins judiciais (ou *ad judicia*).[53] A procuração deve ser apresentada desde logo para permitir a atuação do advogado, salvo urgência, quando, então, se obriga a exibir o mandato no prazo de quinze dias[54] (prorrogáveis por mais quinze, mediante despacho judicial), tudo conforme art. 104. A falta de juntada de procuração no prazo legal acarretará ineficácia dos atos praticados e sujeitará o advogado ao pagamento das despesas e de perdas e danos (art. 104, § 2º, do CPC).

A procuração *ad judicia* pode ser outorgada por instrumento público ou particular e não precisa de reconhecimento de firma (desde a Lei 8.952/1994), habilitando o advogado a atuar de modo geral no processo, peticionando, requerendo provas, recorrendo, ressalvados os casos que demandam poderes especiais, conforme indicado no art. 105 (confessar, desistir, transigir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber citação, reconhecer a procedência do pedido, receber, dar quitação e firmar compromisso, além de assinar declaração de hipossuficiência).

Quanto à responsabilidade, devemos ter em mente que, segundo o art. 32 da Lei 8.906/1994, o advogado responde por dolo ou culpa pelos atos que pratica no exercício profissional. Complementa o parágrafo único do mesmo artigo que em caso de lide temerária "será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária".

Independentemente de responsabilidade civil, o advogado está sujeito a várias punições (desde a simples censura até suspensão, multa e, por fim, exclusão) em caso de infração disciplinar. As infrações estão tipificadas no art. 34 da Lei 8.906/1994 e a aplicação das sanções é objeto dos arts. 35 a 43.

16.4.3. Defensoria Pública e a Advocacia Pública

Ainda no campo da advocacia, mas com suas especificidades, é importante uma nota sobre a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, a respeito das quais o Código de Processo Civil de 2015 também reserva um espaço.

A Defensoria Pública foi criada pela Constituição de 1988, e teve por intuito dar efetividade à promessa constitucional de dar assistência *jurídica* (e não apenas judiciária) às pessoas desprovidas de recursos (ver arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF). No âmbito dos Estados, cabe a cada um criar a sua Defensoria, dentro dos parâmetros constitucionais. Em São Paulo, a Defensoria foi instituída pela Lei Complementar Estadual 988, de 9.01.2006. O NCPC, no seu art. 185, reforça a sua missão estabelecida constitucionalmente, e estabelece prazo em dobro para suas manifestações processuais, conforme art. 186.[55] Da mesma forma que ocorre com os membros do Ministério Público, os membros da Defensoria respondem civilmente e em caráter regressivo no caso de prejuízo que tenham causado por dolo ou fraude (art. 187).

Quanto à Advocacia Pública, observamos também a base constitucional. A Advocacia Geral da União, criada pela Constituição de 1988, é instituição que se destina à consulta e assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 131 da CF), de um modo geral, ficando reservado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional a execução da dívida ativa de natureza tributária (art. 131, § 3º). As Procuradorias dos Estados e Distrito Federal, por sua vez, atuam na defesa em juízo dos respectivos entes, e encontram-se previstas no art. 132, da Constituição. Tratando de modo geral como Advocacia Pública, o CPC de 2015 incumbe a ela a defesa dos interesses da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, incluindo as suas respectivas autarquias e fundações públicas, como integrantes da administração indireta (art. 182). Sua manifestação nos autos terá prazo em dobro (art. 183) e seus membros também respondem civilmente e em caráter regressivo em caso de prejuízo causado por dolo ou fraude (art. 184).

16.5. SUJEITOS SECUNDÁRIOS DO PROCESSO

Como é intuitivo, o juiz não tem como exercer sozinho toda a gama de atividades que o aparato jurisdicional exige. Ele precisa de auxiliares para diversos serviços, tanto para documentação de atos quanto para diligências externas ou mesmo guarda de bens. Entre esses auxiliares temos aqueles que atuam *permanentemente*, que fazem parte do quadro de funcionários públicos (como o oficial de justiça), e aqueles que são chamados em caso necessidade,

os *eventuais* (caso, por exemplo, dos intérpretes).

Sem prejuízo do detalhamento procedido pelas normas de organização judiciária, o próprio Novo Código de Processo Civil apresenta uma indicação dos principais auxiliares e suas funções básicas: escrivão e chefe de secretaria, oficial de justiça, perito, depositário, administrador, intérprete, tradutor, mediador, conciliador judicial, partidor, distribuidor, contabilista e regulador de avarias.

O *escrivão* ou o *chefe de secretaria*[56] é o principal auxiliar do juízo, a quem incumbe a guarda do processo, a documentação e prática dos atos materiais exigidos no dia a dia do processo. É dotado de fé pública. É ele o responsável por redigir cartas e ofícios, executar as ordens judiciais, encaminhar os autos para a conclusão ou à contadoria, expedir certidões e tudo o mais que está indicado no art. 152 do **N**CPC. O novo CPC também atribuiu a ele a tarefa de cuidar da ordem cronológica para publicações e pronunciamentos judiciais (art. 153), em obediência ao disposto no art. 12. O escrivão tem como seu auxiliar os escreventes.

O *oficial de justiça*, igualmente dotado de fé pública, tem como tarefa o cumprimento de diligências que se realizam fora do cartório, segundo ordem judicial expressa nos mandados. Assim, consoante se pode depreender do art. 154 do NCPC, deverá realizar citação, prisões, penhoras, arrestos e outras diligências que lhe forem determinadas, além de efetuar avaliações, quando for o caso. O novo CPC também lhe atribui o dever de certificar proposta de autocomposição que eventualmente uma das partes fizer quando do ato de comunicação por ele realizado (art. 154, VI).

Tanto o escrivão (ou chefe de secretaria) quanto o oficial de justiça são responsáveis, em caráter regressivo, pelos prejuízos que causarem às partes em caso de recusa a cumprimento tempestivo dos atos que lhes competia realizar ou na hipótese de praticar ato nulo, dolosa ou culposamente (art. 155).

O *perito* é aquela pessoa dotada de conhecimento técnico especializado, da confiança do juízo, que é chamada para o caso de o processo depender de esclarecimentos técnicos naquela área de sua *expertise* (art. 156, CPC).

O *depositário* e o *administrador* são utilizados para a guarda e conservação de bens, em virtude de penhora, arresto, sequestro ou arrecadação (art. 159 do NCPC). Saliente-se que o administrador existe para os casos em que além da guarda há necessidade de prática de atos de gestão

em relação à coisa constrita.[57] Tanto um quanto outro terão direito a uma remuneração fixada pelo juiz (art. 160 do NCPC). Se, no exercício de sua função, derem causa a prejuízo, responderão civilmente em caso de dolo ou culpa e perderão sua remuneração (mas não o direito de reembolso do que legitimamente tiverem despendido no cumprimento do encargo), conforme art. 161 do NCPC. A responsabilidade civil ocorrerá independentemente da penal, eventualmente incidente, e da pena por ato atentatório à dignidade da justiça, se for o caso (art. 161, parágrafo único).

O *tradutor* auxilia o juízo traduzindo documentos em língua estrangeira, vertendo para o português os depoimentos e declarações de partes e testemunhas e traduzindo a linguagem dos deficientes auditivos que se comuniquem pela linguagem de sinais, e o *intérprete* realiza a interpretação simultânea de depoimentos de partes ou testemunhas (art. 162).

Os mediadores e conciliadores já foram referidos anteriormente (Capítulo 2) e se prestam justamente a realizar as tarefas de mediação (voltada para estimular o diálogo entre as partes) e a conciliação (voltada diretamente para a busca de soluções para o litígio). As duas figuras estão reguladas nos arts. 165 a 175.

Finalmente, temos ainda as figuras do *partidor* (a quem cabe "individuar os quinhões nas partilhas judiciais"[58]), referido no art. 651, do *contabilista* (que "faz cálculos aritméticos concernentes ao principal e juros das condenações […]"[59]), conforme se depreende do art. 524, e do regulador de avarias, perito com formação em contabilidade,[60] que deve atuar no procedimento especial de regulação de avaria grossa, previsto nos arts. 707 a 711.

[1]Cf. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, item, n. 451.

[2]Conceito já abordado no Capítulo 13, referente a ação.

[3]Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123.

[4]Especificando a distinção entre parte na demanda e parte no processo, ver, seu *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, item 437 e item 520; e *Litisconsórcio* (4. ed., São Paulo: Malheiros,

1996, p. 23 (item 3.1).

[5]Levando em conta justamente esse aspecto que Humberto Theodoro Jr., após expor o sentido de parte ativa e passiva, anota ser necessário "[...] buscar um conceito de *parte processual* de tal dimensão que possa abranger também os terceiros intervenientes, os quais, sem dúvida, exercem direitos processuais e se sujeitam a ônus e deveres no âmbito da relação dialética do processo" (*Curso de Direito Processual Civil*, 44. ed., Forense, 2006, v. I, item 66). Invoca, em seguida, o conceito de Liebman como adequado a expressar esse sentido mais amplo (idem, ibidem).

[6]Sobre legitimidade de parte como uma das condições da ação, remetemos o leitor ao Capítulo 13.

[7]"*Parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada*" (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, v. 2, Saraiva, 1943, p. 320/321).

[8]Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

[9]Cf. *Litisconsórcio*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22 (item 3.1). Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 179) adota integralmente o entendimento de Dinamarco nesse particular.

[10]*Curso de Direito Processual Civil*, 44. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, itens 64 e 65.

[11]James Goldschmidt (*Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, v. 1, capítulo VI, p. 91 e segs.) explica que os ônus processuais, ao contrário das obrigações, não geram direitos ao adversário nem ao Estado. Quando há ônus, interessa ao seu próprio titular se desincumbir de realizar a atividade prevista, sob pena de ficar em situação de desvantagem.

[12]Tratado de forma específica no Capítulo 6 desta obra.

[13]Il processo como gioco, original em italiano publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, v. V, parte 1, sendo disponível

tradução em português por Roberto B. Del Claro, na *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, v. 23, jan./mar. 2002, p. 191 a 208, trecho encontrado à p. 196.

[14]Como explica José Roberto dos Santos Bedaque, comentando dispositivo semelhante do CPC de 1973, trata-se, de um lado, de cumprir as ordens judiciais, cuja colaboração depende de ato da parte, e, de outro, de não obstaculizar, de forma ilegítima, a efetivação daquelas que se operam por simples sub-rogação, sem necessidade de concurso da parte, como ocorre com as condenatórias (*Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, em nota 6 ao art. 14).

[15]Como, por exemplo, mudar de lugar uma cerca que divide a propriedade objeto de discussão sobre os seus limites.

[16]O art. 77, § 1º, determina que a aplicação da pena deve ser antecedida de advertência à parte. Fernando da Fonseca Gajardoni entende que o disposto neste parágrafo é uma recomendação ao magistrado, mas não uma condição para a aplicação da multa (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 278).

[17]Como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, tais atos representam desacato ao juízo, tendo paralelo com a figura do *contempt of court* da *common law* (*Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 164).

[18]Sem prejuízo de eventuais sanções criminais ou outras penalidades de ordem processual cabíveis.

[19]Como lembra Dinamarco, comentando dispositivo semelhante do código anterior, "*o mandante responde sempre pelo ato do mandatário*" (*A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, item 27).

[20]Na lei anterior surgiu discussão sobre a exclusão ou não dos advogados do setor público, que ficou definitivamente resolvida pela ADin 2.652-6, que considerou que todos os advogados estavam excluídos da pena de multa em questão. A redação atual do NCPC não enseja dúvidas, pois se refere expressamente aos advogados públicos e privados, além da Defensoria Pública e

membros do Ministério Público (art. 77, § 6º).

[21]*A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, item 26.

[22]*Lições de Direito Processual Civil*, 24.ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 180.

[23]Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 181) lembra que o art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.800/1999 prevê mais uma modalidade que é remeter original de petição não conforme à versão remetida via fax.

[24]José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, em nota 1 ao art. 17.

[25]Registre-se, aqui, que a litigância de má-fé também poderá gerar concessão de tutela provisória da evidência (art. 311, I).

[26]O legislador do NCPC, a nosso ver corretamente, foi mais rigoroso ao prever a multa para o litigante de má-fé, visto que no CPC de 1973 não podia exceder a 1%.

[27]O CPC de 1973 estabelecia que até 20% do valor da causa o juiz poderia fixar a indenização pela litigância, sem necessidade de liquidação. Fernando da Fonseca Gajardoni critica o CPC de 2015 por ter suprimido essa referência para prefixação da indenização, considerando a difícil tarefa de comprovação do valor das perdas e danos e o tempo para fazê-lo (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 293). Entendemos correta a observação de Gajardoni, mas, na prática, o problema pode ser minimizado pela fixação da multa (que, como vimos, será maior que 1% e menor que 10%).

[28]Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 212.

[29]Enquanto o autor e o réu, os outros sujeitos principais, são chamados de “sujeitos parciais”, o juiz é o “sujeito imparcial”.

[30]Como lembra Dinamarco em seu *A Instrumentalidade do Processo* (São Paulo: Malheiros, 1986, p. 122), poder político é “capacidade de decidir imperativamente e impor as decisões”. Sem a possibilidade de se atuar praticamente, a decisão, por mais justa

que seja, não se revela verdadeiramente como expressão do poder estatal.

[31]Para Liebman (*Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, trad. Cândido Dinamarco, item 35, à p. 113) a certeza da imparcialidade do juiz é garantia de prestígio perante as partes e à própria sociedade, e assim, "[...] não basta que o juiz, no íntimo, se sinta capaz de exercer o seu ofício com a habitual imparcialidade: é necessário que não reste sequer a dúvida de que motivos pessoais possam influir em seu ânimo".

[32]Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, item 509, p. 234/235.

[33]Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das Decisões Judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: RT, 2001, especialmente capítulo 11.

[34]*Primeiras Linhas de direito Processual Civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 340.

[35]Também apresentando essa primeira grande divisão, ver Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, 9. ed., São Paulo: RT, 2005, v. II, p. 24.

[36]Podemos lembrar, entre outros, o poder do juiz de determinar a emenda da inicial para juntar documento indispensável (art. 321), ou a determinação no sentido de suprir irregularidades, prevista no art. 352.

[37]*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 341.

[38]Idem, p. 342/343.

[39]Nesse sentido, a alocução de Liebman: "No processo civil, informado pelo princípio dispositivo, o juiz não tem uma tarefa da busca do material probatório, ao qual, ao invés, devem as partes fornecer. Ao juiz compete escolher, receber, assumir, valorar as provas oferecidas e levadas pelas partes, e nunca fazer sua a iniciativa dos outros." (tradução livre do orginal: "Nel processo civile, informato al principio dispositivo, il giudice non ha un compito di ricerca del materiale probatorio, a cui devono invece provvedere le parti. Al giudice spetta cioè scegliere, ricevere, assumere, valutare le prove offete e portate dalle parti, non mai quello di andarne a ricercare di sua iniziativa delle altre" – *Manuale*

di Diritto Processuale Civile, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1968, v. 2, p. 24.)

[40]Para essa análise, recomendamos a leitura da monografia *Poderes Instrutórios*, de José Roberto dos Santos Bedaque, 2. ed., São Paulo RT, 1994.

[41]A falta de clareza por lacuna da lei tem a solução prevista nesse artigo. Quando a falta de clareza diz respeito aos fatos e a dificuldade é insuperável pelas provas produzidas, a solução é a aplicação das regras do ônus da prova.

[42]*Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39.

[43]Observe-se que o juiz, ao fazer uso desse arsenal de medidas deve atentar para as exigências de proporcionalidade, implicando os requisitos da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, como anota Roberto Sampaio Contreiras de Almeida (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 452). Esse dispositivo tem servido de fundamento para várias decisões judiciais impondo restrições ao devedor inadimplente, tais como suspensão da habilitação, do passaporte etc. Tais decisões geraram grande polêmica e é bastante atual o debate a respeito dos limites para a imposição desse tipo de restrição.

[44]Nesse sentido o entendimento de Roberto Sampaio Contreiras de Almeida (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, organizado por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 464).

[45]Cf. Cintra Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 231. Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 684 – item 373) explica que unidade e indivisibilidade expressam uma ideia só.

[46]O NCPC substituiu a antiga expressão “fiscal da lei”, reflexo da tradicional latina “*custos legis”*, por fiscal da ordem jurídica, que é mais abrangente.

[47]Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28/29)

apresenta extensa relação de situações em que o MP atuará como demandante.

[48]Cf. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, item 618, p. 442.

[49]Nesse sentido, com detalhes, ver José Roberto Bedaque, Nulidade processual e instrumentalidade do processo, *RePro* 60, out./dez. 1990.

[50]Excetuadas, naturalmente, aquelas situações em que o advogado postula em causa própria.

[51]De se destacar que essa não é a única hipótese em nosso sistema em que se admite atuar sem a presença de advogado.

[52]O art. 7.º-A foi acrescentado pela Lei nº 13.363/2016, que, entre outras coisas, incluiu importantes direitos para a advogada gestante, lactante ou adotante.

[53]Às vezes o advogado também precisa praticar atos fora do juízo e, nesse caso, poderá receber procuração "a*d judicia et extra*.

[54]É a chamada caução "*de rato*".

[55]Esse benefício de prazo é estendido aos escritórios de prática jurídica das Faculdades de Direito e entidades que exercem assistência jurídica gratuita (art. 186, § 2º).

[56]Como anota Lucio Delfino, o chefe se secretaria atua na Justiça Federal, enquanto o escrivão na Justiça Estadual (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 489).

[57]Cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 238.

[58]Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I, p. 146.

[59]Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I, p. 146.

[60]Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 693-694.

17

REGIME FINANCEIRO DO PROCESSO

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

LUIZ DELLORE

O processo tem por objetivo solucionar o conflito, como já se apontou ao longo desta obra.[1] Assim, esse o foco da relação processual.

Contudo, questões processuais laterais irão surgir, dentre as quais merecem destaque algumas que se referem ao *custo do processo* – que poderá se verificar como regra (em relação às custas e honorários[2]) ou apenas excepcionalmente (no tocante a multas aos litigantes[3]). Porém, se a parte for beneficiária da justiça gratuita,[4] então não haverá (sempre ou apenas inicialmente) de arcar com algumas das despesas do processo.

O tema pode ser tratado em conjunto, no denominado "regime financeiro do processo".[5] É o que será analisado neste capítulo.

17.1. RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL

Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente, nos termos do art. 79 do NCPC. Trata-se de responsabilidade atribuída àquele que age de má-fé no processo.

Vale notar que a responsabilização da parte ou do interveniente

independe do resultado final do processo. Ainda que o réu veja o pedido do autor ser julgado improcedente, pode aquele ser responsabilizado por litigar de má-fé.

Outros participantes do processo também respondem por danos processuais. O Ministério Público responderá na forma do art. 181 do NCPC e os magistrados nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal.

Há um rol meramente exemplificativo no art. 80 do NCPC das condutas que podem ser caracterizadas como litigância de má-fé: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em 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 incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Como salientado, os comportamentos acima descritos são exemplificativos e qualquer outra conduta dentro do processo que fique caracterizada como violadora da boa-fé deve ser também considerada como litigância de má-fé para a finalidade de aplicar a sanção cabível.

Nos termos do art. 81 do NCPC, o juiz deve condenar o litigante de má-fé, de ofício ou a requerimento, a pagar multa no valor compreendido entre um e dez por cento do valor atribuído à causa, bem como indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com honorários advocatícios e despesas processuais.

Caso o valor da causa seja irrisório ou inestimável, a multa ao litigante de má-fé deve ser estipulada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo vigente.

Quanto ao valor da indenização, ela deve ser fixada pelo juiz e, caso não seja possível mensurar, ele deve ser liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Por fim, vale registrar que, se forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz deve condenar cada um na proporção do seu respectivo interesse ou ainda solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

17.2. CUSTAS PROCESSUAIS E

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS



Em regra, incumbe às partes 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 plena satisfação do direito reconhecido no título. Trata-se do ônus de antecipação das despesas processuais oriundas de atos que as partes realizam ou requerem e com os quais elas devem arcar (NCPC, art. 82), salvo se forem beneficiárias da gratuidade da justiça (NCPC, arts. 98 a 102).

No que diz respeito ao autor, ele deve adiantar as despesas relativas ao ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica (NCPC, art. 82, § 1º), salvo na hipótese de lhe serem concedidos os benefícios da gratuidade da justiça (NCPC, arts. 98 a 102).

Ao final do procedimento em primeiro grau de jurisdição, o juiz deve proferir sentença condenando o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou (NCPC, art. 82, § 2º).

Importa registrar que as despesas acima mencionadas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha.

Além das despesas processuais, a sentença deve condenar o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor (NCPC, art. 85), sendo importante registrar que tais honorários são aqueles arbitrados pelo juiz e não se confundem com os que foram contratados entre o advogado e o seu cliente. A fixação é de ofício. Portanto, se o juiz fixar honorários sem pedido da parte, não estará agindo *extra petita*, mas apenas cumprindo a lei.

Nos termos do art. 22, *caput*, da Lei 8.906/1994, dispõe-se o seguinte: “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Ademais, é importante ressaltar que são devidos honorários ao advogado do vencedor em razão da derrota do vencido no processo, ainda que o advogado funcione em causa própria. Nesse sentido é o art. 23 da Lei 8.906/1994, ao estabelecer que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Reforçou o NCPC ser dos advogados a titularidade dos honorários sucumbenciais. A uma, ao assim afirmar no início do § 14;[6] a duas, ao prever, no § 19, que os honorários de sucumbência são dos advogados públicos.

Cumpre observar que a previsão de pagamento de honorários advocatícios está em sintonia com o princípio de acesso à justiça assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois de nada adiantaria franquear a todos tal acesso sem se preconizar a remuneração pelo trabalho daqueles que atuam na defesa dos direitos dos jurisdicionados. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de asseverar que “a garantia constitucional relativa ao acesso ao judiciário – inc. XXXV do art. 5º da Carta de 1988 – é conducente a assentar-se, vencedora a parte, o direito aos honorários advocatícios”.[7]

Prevê o NCPC critérios específicos para as causas em que for parte ente público (federal, estadual e municipal, bem como suas autarquias e fundações), seja no polo ativo ou no passivo. A nova regra, ao menos, traz critérios objetivos, evitando que ocorra a condenação em honorários em valor fixo irrisório, como não raro se via quando a Fazenda fosse vencida.

Traz o NCPC uma situação de *escalonamento*: quanto mais alto o valor da condenação ou do proveito econômico (base de cálculo dos honorários), menor o percentual a ser utilizado na fixação dos honorários. Enquanto para o particular a variação é sempre entre 10% e 20%, quando o Estado for parte, inicia-se desse mesmo percentual (nas causas de até 200 salários mínimos) e se chega até 1% e 3% (nas causas acima de 100 mil salários mínimos).

A nova regra envolvendo a Fazenda não é de simples operacionalização. O § 5º estipula que se o valor da condenação em honorários for superior ao

da faixa 1 (inciso I do § 3º do art. 85), todo o valor correspondente ao da faixa 1 deve ser nela calculado, e só o restante será calculado na faixa 2 (inciso I do § 3º). E assim sucessivamente. A regra é lógica para evitar a distorção perto dos limites das faixas.[8]

Por fim, se não houver condenação quanto ao pedido principal (ou seja, só nos horários) ou o proveito econômico não puder ser apurado, a base de cálculo para fixação dos honorários é o valor da causa atualizado (§ 4º, III). Essa é a mesma regra utilizada para a fixação dos honorários no caso de procedência contra particulares (§ 2º, *caput*).

É importante mencionar que os honorários têm natureza alimentar, ou seja, contam com as mesmas prerrogativas oriundas da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (NCPC, art. 85, § 14). Nesse sentido, vale mencionar que está superado o entendimento que havia sido consagrado pela Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, que asseverava o seguinte: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Essa orientação jurisprudencial, firmada à luz do CPC/1973, não deve mais prevalecer à luz do § 14 do art. 85 do NCPC.

A fixação da verba honorária deve observar os limites estabelecidos no art. 85 e parágrafos do NCPC. “De regra, o juiz, ao fixar a verba honorária, deve obedecer a limites quantitativos (art. 85, § 2º, CPC) e qualitativos (art. 85, § 2º, I a IV, CPC). Admite-se, contudo, que eventualmente, se superem os limites quantitativos do art. 85, § 2º, CPC, obedecendo-se tão somente aos qualitativos (art. 85, § 8º, CPC). Quantitativamente, os honorários advocatícios devem variar entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (inadmissível a fixação de honorários advocatícios em salários mínimos, Súmula 201, do STJ); se arbitrados sobre o valor da causa, incide correção monetária a partir do ajuizamento da ação (Súmula 14, do STJ); O § 8º do art. 85 é exceção ao § 2º, uma vez que livra as hipóteses nele contidas dos limites quantitativos previstos nesse. São casos em que não se atendem aos lindes quantitativos do § 2º, CPC: a) os feitos de valor inestimável; b) aqueles em que o proveito econômico é irrisório; e c) aqueles em que o valor da causa é muito baixo”.[9]

Ainda, no tocante aos honorários advocatícios, é importante observar que eles também são devidos na fase recursal. No novo sistema, a cada

recurso, há a majoração na condenação em honorários – além daqueles já fixados anteriormente. Nos termos do § 11 do art. 85 do NCPC, o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º do art. 85 do NCPC, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação dos honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Assim, ao julgar o recurso, de ofício, o tribunal irá aumentar os honorários. É possível que, no cotidiano, ocorra o seguinte: condenação em 10% quando da sentença, majorada para 15% quando do acórdão da apelação e para 20% quando do acórdão do recurso especial (por ser esse o teto legal, como visto). Mas o mais provável é que ocorra o seguinte: condenação em 10% quando da sentença, majorada para 20% quando do acórdão da apelação e mantida nesses 20% quando do acórdão de eventual recurso especial (exatamente por ser o teto legal).

Em virtude de quais recursos deve ser aplicada a sucumbência recursal? Seriam todos os recursos previstos no art. 994 do NCPC? Como o § 11 destaca "tribunal", é de se concluir que não há a aplicação em 1º grau. Assim, dos embargos de declaração da sentença, descabe aplicar honorários recursais. E, por uma questão de simetria e interpretação sistemática, é de se concluir que tampouco nos embargos de declaração opostos de decisão monocrática ou acórdão caberá a sucumbência recursal (sem prejuízo do cabimento da multa por recurso protelatório – NCPC, art. 1.026, § 2º). Logo, uma possível interpretação é concluir que não cabem honorários recursais nos embargos.

Na linha do decidido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, "deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do enunciado 16 da ENFAM [Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados]: 'Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)' (…)".[10] Em outras palavras, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não cabe fixação de honorários recursais sucumbenciais mais de uma vez no mesmo grau de jurisdição. Portanto, embargos de declaração, agravo interno e eventuais embargos de divergência não atrairiam a incidência do § 11 do art. 85 do NCPC.

Por outro lado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido de maneira diferente, a permitir a majoração dos honorários recursais sucumbenciais dentro de um mesmo grau de jurisdição, contrariando o entendimento acima da Quarta Turma e também o Enunciado 16 da ENFAM, conforme se pode depreender do seguinte trecho de ementa de julgado: "(…) o § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes. Atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é medida que se impõe (…)".[11]

Com o devido respeito, entende-se que a justa remuneração dos advogados já é garantida pelo § 11 do art. 85 ao se aplicar a majoração dos honorários sucumbenciais, uma vez no mesmo grau de jurisdição. Para se inibirem recursos protelatórios, provenientes de decisões condenatórias antecedentes, há as multas por litigância de má-fé, que cumprem esse papel sem necessidade de majorar verbas de sucumbência, pois o § 12 do art. 85 estabelece que tais multas são cumuláveis com os honorários.

Cumpre observar, ainda no tocante aos honorários sucumbenciais recursais, que o § 11 do art. 85 expressamente afirma que eles devem ser majorados. Portanto, nos recursos interpostos de decisões judiciais que não versarem sobre honorários advocatícios, não há que se falar em "honorários sucumbenciais recursais", devido ao fato de que simplesmente não há o que majorar. Isso significa, por outras palavras, que não é possível aumentar aquilo que não existe. Assim, não é todo e qualquer recurso que estará sujeito à incidência do art. 85, § 11, do NCPC, mas somente aquele recurso interposto de decisão que condenou alguém ao pagamento de honorários advocatícios.

Assim, por exemplo, no processo do mandado de segurança, no qual o art. 25 da Lei 12.016/2009 expressamente estabelece o descabimento de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, não há que falar em fixação de honorários em sede recursal, conforme já teve oportunidade de decidir a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.[12]

Repetindo o Código anterior, prevê o NCPC a condenação de honorários em favor do advogado que atua em causa própria. Se assim não fosse, (i) o advogado seria prejudicado em relação às demais partes e (ii) isso estimularia

a simples simulação de um colega assinando pelo outro, apenas para fins dos honorários.

Por fim, cumpre registrar que os honorários, embora devidos ao advogado, podem ser pagos à sociedade de advogados à qual ele pertence, se assim for requerido, nos termos do § 15 do art. 85 do NCPC. Nesse caso, é prudente que o advogado faça constar da procuração, desde o primeiro momento em que atue no processo, que é integrante de sociedade de advogados, nos termos do § 3º do art. 105 do NCPC, que estabelece o seguinte: "Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo". Assim, evita-se qualquer discussão no momento em que for receber os honorários sucumbenciais ao final do processo, sobre quem deverá recebê-los (sociedade ou advogado-sócio).

17.3. A QUESTÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Como já visto acima, o processo judicial não é gratuito, existindo um custo por parte daqueles que procuram o Poder Judiciário para solucionar as suas lides.

Porém, se a parte não tiver condições financeiras para arcar com as custas do processo, isso não deve ser um empecilho para que haja o acesso à justiça.[13] É neste contexto que se insere a gratuidade da justiça, tema objeto deste tópico.

A falta de recursos para a postulação em juízo pode se dar de diversas maneiras. Os principais aspectos são a falta de condições para se arcar com as custas (o que se resolve com a gratuidade de justiça) e com o advogado (o que se soluciona com a postulação pela Defensoria Pública).[14]

A gratuidade de justiça não era tratada no CPC/1973, mas em lei específica para isso (Lei 1.060/1950). Por sua vez, o CPC/2015 trata do assunto, com vagar[15] – o que, sem dúvidas, é melhor para a compreensão do tema e sua inserção no próprio sistema do Código.[16]

Há grande confusão quanto aos termos ligados ao assunto, tanto entre advogados e na jurisprudência como também na doutrina. Isso ocorre

especialmente por causa da Lei 1.060/1950, que trata situações distintas (justiça gratuita e assistência judiciária) com o mesmo nome (assistência judiciária).

É possível se falar em (i) assistência jurídica, (ii) assistência judiciária e (iii) justiça gratuita.

Há, na doutrina, divergência entre os conceitos. Mas a definição que parece ser a mais adequada é a seguinte:[17]

> i) *assistência jurídica* é a orientação jurídica ao economicamente hipossuficiente, em juízo ou fora dele. Não é apenas a postulação em juízo, mas também o esclarecimento de dúvidas ao cliente. O termo consta da CF, art. 5º, LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita);
> ii) *assistência judiciária* é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica). Ou seja, é possibilitar ao jurisdicionado um advogado sem custo. Essa importante função é principalmente realizada pela Defensoria Pública, mas também por advogados integrantes de entidade conveniada com o Estado, de entidades privadas (como Faculdades) ou mesmo particulares atuando *pro bono*;[18]
> iii) *justiça gratuita* (ou gratuidade de justiça) é a isenção do recolhimento de custas e despesas devidas no bojo do processo – seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado.

O CPC regula, principalmente, a justiça gratuita.[19]

17.3.1. Quem pode ser beneficiário da justiça gratuita.

A gratuidade da justiça um direito da pessoa física (inclusive estrangeiro, como não poderia deixar de ser) ou jurídica (CPC/2015, art. 98).

Porém, a legislação não traz critério para a concessão da gratuidade. Trata-se, assim, de decisão que ficará a cargo do magistrado, conforme o caso concreto. A lei apenas prevê (art. 98) que cabe a gratuidade quando houver "insuficiência de recursos para pagas as custas, despesas processuais e

honorários”.

A pessoa física goza de presunção de pobreza (ou, mais tecnicamente, de presunção de insuficiência de recursos).[20] O mesmo não ocorre com a pessoa jurídica, de modo que esta deverá fazer prova da necessidade.[21]

17.3.2. Despesas e custas abrangidas pela gratuidade da justiça

De modo a deixar claro qual o espectro de abrangência da concessão da justiça gratuita, o legislador optou por apresentar extenso rol de situações que estão inseridas na concessão da gratuidade de justiça. Traz o § 1º do art. 98 nove incisos, que abarcam as principais despesas e custas envolvidas em processo judicial.

Para melhor compreensão, vale reproduzir o dispositivo legal:

> “§ 1º A gratuidade da justiça compreende:
> I – as taxas ou as custas judiciais;
> II – os selos postais;
> III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
> IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
> V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais;
> VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
> VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
> VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
> IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em

> decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido."

Há situações que são singelas e de fácil compreensão, como os incisos I, II e III (custas judiciais, custo dos correios e despesas de publicação no diário oficial, como ocorre com editais). Esta é a face mais visível da gratuidade: o beneficiário não arca com as custas do processo nem de citação do réu.

O inciso V se refere à gratuidade do exame de DNA[22] e "outros exames considerados essenciais", o que não existia no sistema anterior. Assim, basicamente todo exame médico passa a ser gratuito para o beneficiário da justiça gratuita, desde que o juiz o entenda necessário.[23]

O inciso VII trata de um tema muitas vezes necessário no dia a dia do foro: gratuidade para a elaboração de memória de cálculo. Cabe dizer que, nesse caso, o mais usual (e simples) é o cálculo elaborado pela própria contadoria do Poder Judiciário.[24]

O inciso VIII trata dos depósitos devidos "para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais". Trata-se de um dispositivo genérico, para afastar a necessidade de qualquer outra despesa devida e não incluída nos incisos anteriores. Estão incluídos nesse rol, dentre outras despesas, as custas de preparo recursal (que já poderiam estar abrangidas no inciso I), depósito recursal (quando cabível), depósito prévio da ação rescisória (art. 968, II) e recolhimento das custas e honorários do primeiro processo, no caso de extinção sem mérito, para o ajuizamento de nova demanda (art. 486, § 2º).

Para concluir o rol de despesas não pagas pela parte beneficiária da justiça gratuita no CPC/2015, o inciso IX destaca a abrangência da gratuidade também para emolumentos cartorários extrajudiciais, desde que "necessário à efetivação de decisão judicial". Surge, por previsão legislativa expressa, o direito ao não pagamento das despesas cartoriais.

Assim, por exemplo, se for procedente a usucapião em favor de beneficiário da justiça gratuita, toda a regularização registral também deverá ser gratuita perante o Cartório de Registro de Imóvel.

A remuneração do tabelião será a partir dos recursos estatais alocados para custear a prova pericial, que também poderão ser utilizados para custear

os atos cartorários.[25]

Questão que suscita debates é se o beneficiário da justiça gratuita deve ser condenado no ônus da sucumbência.

Apesar de alguma confusão no cotidiano forense, a gratuidade não afasta a condenação no ônus da sucumbência. Assim, se o beneficiário da gratuidade (seja autor ou réu) for vencido, deverá ser condenado ao pagamento das despesas e honorários (art. 98, § 2º).[26]

Contudo, somente haverá a execução pelo vencedor se o credor provar que "deixou de existir a situação de insuficiência de recursos" do vencido, ou seja, se a situação de insuficiência de recursos que permitiu a concessão de gratuidade for modificada. Portanto, trata-se de uma condenação com condição suspensiva. (art. 98, § 3º). Logo, somente se houver uma modificação na condição financeira do vencido (decorrente de um novo emprego ou herança, por exemplo), é que será possível executar os valores da sucumbência. E o Código concede um prazo de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado, para permitir o cumprimento de sentença dessa quantia. Passado esse período, estará prescrita a sucumbência devida pelo vencido.

O mesmo raciocínio se aplica às multas eventualmente impostas à parte: o beneficiário da gratuidade deve pagar as multas a que for condenado – como, por exemplo, a multa por ausência à audiência de conciliação (art. 334, § 8º) ou a multa por litigância de má-fé (art. 81).

A multa é devida e deverá ser paga, ao final (art. 98, § 4º). E, neste caso, não há qualquer ressalva a mudança de condição financeira prevista no § 3º. Logo, se o beneficiário da gratuidade for condenado a alguma multa, ao final do processo ele deverá pagar. Se isso não ocorrer, caso a multa beneficie a parte contrária, será possível a execução forçada (cumprimento de sentença); se a multa for a favor do estado, deverá haver a inscrição na dívida ativa e execução fiscal.

17.3.3. Justiça gratuita parcial (art. 98, § 5º) e parcelamento das despesas (art. 98, § 6º)

O NCPC traz duas inovações que já são polêmicas: as figuras da *justiça*

gratuita parcial e do *parcelamento das despesas*.

A justiça gratuita parcial importa em (i) reconhecimento da gratuidade para alguns dos atos do processo ou (ii) apenas na redução de parte das despesas.

De seu turno, passa a parte a ter direito (este é o termo constante da lei) ao parcelamento de despesas, "conforme o caso".

O grande problema dessas inovações no NCPC é que a legislação não traz critérios a respeito de quando e como isso será aplicado, deixando de apresentar quaisquer parâmetros para que haja a aplicação dessas inovações.

Daí é que existem inúmeras dúvidas sem qualquer resposta na legislação. Dentre outras, podemos destacar as seguintes:

> – Quando o juiz deferirá a justiça gratuita total ou parcial?
> – Qual o critério para o juiz reduzir o percentual da despesa processual?
> – De quanto será o percentual da redução?
> – Cabe, ao mesmo tempo, no âmbito da justiça gratuita parcial, a gratuidade para alguns atos e a redução de parte das despesas?
> – E, possivelmente, a que será objeto de maior debate: pode o juiz aplicar o parcelamento em conjunto com a justiça gratuita parcial?

Inúmeras são as dúvidas, e a única certeza não há que essas questões serão objeto de rica divergência até que definidas balizas mínimas pelo STJ – o que pode levar bons anos.

17.3.4. Momento e forma de requerimento da gratuidade

A ampla possibilidade de quando se requerer a gratuidade. O art. 99 do CPC/2015 dispõe ser possível requerer a justiça gratuita:

> i) na petição inicial;
> ii) na contestação;

iii) na petição de ingresso de terceiro; e
iv) no recurso.

Como se percebe, confirmando a tendência jurisprudencial existente desde o sistema anterior, o NCPC reconhece caber o pleito da gratuidade em qualquer momento do processo.

Deferido o pedido formulado pela parte, é certo que ele permanece até que haja sua revogação. Assim, considerando o sistema processual, uma vez deferida a gratuidade, a parte beneficiária não mais precisa se preocupar com a questão[27] – salvo, por certo, se houver modificação na condição financeira.

Afirma o NCPC ser possível a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao cliente que opte por advogado particular (art. 99, § 4º). Isso é inserido no Código como algo didático, para tentar evitar que juiz neguem a gratuidade pelo fato de se estar diante de advogado privado – o que, por óbvio, não condiz com o sistema.

Para impugnar a gratuidade de justiça no NCPC, repete-se o sistema anterior. Contra a decisão que defere a gratuidade não cabe desde logo recurso para o grau superior.

Uma vez concedida a gratuidade, cabe à parte contrária inicialmente discutir o tema perante o próprio magistrado que concedeu o benefício, mediante a apresentação de impugnação. Apenas após a decisão da impugnação é que, se for do interesse de alguma das partes, poderá haver recurso (art. 101).

A impugnação à gratuidade não é uma peça apartada, de modo que será processada nos próprios autos. No sistema anterior, a "impugnação à justiça gratuita" era uma peça específica, apartada das demais. No NCPC, essa peça deixa de existir.

Assim, a impugnação será apresentada em um tópico a ser inserido na própria petição em que haverá a manifestação da parte quanto ao andamento do processo de uma forma geral. Isso pode ocorrer nos seguintes momentos:

i) contestação, se a gratuidade for deferida ao autor em virtude de requerimento formulado na inicial;
ii) réplica, se a justiça gratuita for deferida ao réu por força de requerimento formulado na contestação;
iii) contrarrazões, se a gratuidade da justiça for deferida

> quando do requerimento formulado em recurso; ou
> iv) simples petição, nos próprios autos, se o requerimento de gratuidade foi deferido em momento diverso dos três anteriores – e, assim, a petição versará exclusivamente sobre esse tema ou acerca da gratuidade e qualquer outro requerimento que a parte tiver de formular em juízo.

A ausência de regulamentação específica quanto ao prazo para impugnar a gratuidade pode trazer algum debate. Quando se tratar de impugnação no bojo da contestação, réplica ou contrarrazões, não existe dúvida – pois nessas hipóteses o prazo já está estipulado pelo Código.

Fora dessas hipóteses, ou seja, quando da impugnação por simples petição, afirma o legislador que o prazo é de 15 dias.

Contudo – e aqui efetivamente a dúvida –, qual o termo inicial desse prazo? Ademais, e se a parte adversa só descobrir que a parte não faz jus à gratuidade após o prazo de contestação ou de réplica?

Parece-nos que a interpretação mais adequada para esse prazo é ter como início o *conhecimento da situação de não hipossuficiência econômica* do beneficiário; por certo, trata-se de hipótese na qual não há como delimitar claramente o termo inicial do prazo.

Contudo, se não for admitida essa interpretação, o exercício do direito processual de impugnar a gratuidade será limitado. Assim, caso apresente a impugnação mediante simples petição, deverá o impugnante deixar claro qual foi o momento de ciência da indevida concessão com vistas a evitar a não apreciação da impugnação por força de uma suposta intempestividade.

[1]Vide especialmente Capítulos 8 e 15.
[2]Vide, neste capítulo, item 17.2.
[3]Vide, neste capítulo, item 17.1.
[4]Vide, neste capítulo, item 17.3.
[5]Desconhece-se, na doutrina, autor que se valha desta expressão, que parece ser a mais adequada ao assunto. Foi cunhada pelo Prof. Carlos Augusto de Assis.
[6]No § 14 do art. 85 vê-se que os honorários “constituem direito do

advogado".

[7]STF, RE 384.866, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 29.06.2012.

[8]Por exemplo: se não houvesse essa previsão do § 5º, uma condenação do final da faixa 1 (10%) seria superior àquela apurada no início da faixa 2 (8%).

[9]Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 175.

[10]STJ, AgInt no AgRg no REsp 1.200.271/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, *DJe* 17.05.2016.

[11]AgInt no AREsp 196.789/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, *DJe* 18.08.2016.

[12]RCD no MS 22.672/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26.10.2016, *DJe* 08.11.2016.

[13]Vide Capítulo 6, item 6.2.

[14]Vide Capítulos 11 e 16.

[15]Arts. 98-102, sendo que o art. 98 tem diversos incisos e parágrafos.

[16]Contudo, vale destacar que a Lei 1.060/1950 não foi totalmente revogada. O art. 1.072, III do CPC revoga os arts. 2º, 3º, 4º, *caput* e §§ 1º a 3º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei 1.060; assim, os demais artigos dessa lei seguem em vigor.

[17]Adota-se a posição de AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, um dos primeiros autores a bem diferenciar os conceitos (*Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, passim).

[18]Vide art. 186, *caput* e § 3º.

[19]Uma primeira análise do tema, ainda durante a tramitação, foi elaborada por mim, em coautoria: DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 236, p. 305-324, out. 2014.

[20]Art. 99, § 3º.

[21]Nesse sentido, a Súmula 481/STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

[22]Previsão já existente no sistema anterior (Lei 1060/1950, art. 3º, VI, com a redação da Lei 10.317/2001).

[23]Resta verificar o tempo necessário para que todos os exames pedidos pelo juiz sejam realizados, considerando as notórias dificuldades e carências de nosso sistema de saúde.

[24]Decidiu o STJ, em recurso repetitivo, que possível o uso da contadoria judicial por beneficiário da justiça gratuita (*Informativo* 541/STJ): "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO DA CONTADORIA JUDICIAL POR BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Se o credor for beneficiário da gratuidade da justiça, pode-se determinar a elaboração dos cálculos pela contadoria judicial. Precedente citado: EREsp 450.809-RS, Corte Especial, DJ 9/2/2004" (REsp 1.274.466-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14.05.2014).

[25]Art. 95, § 3º.

[26]Confirmando esse entendimento, mesmo no Código anterior, o seguinte acórdão do STJ: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SUSPENSÃO. LEI 1060/50, ART. 12. 1. Os ônus da sucumbência aos quais condenado o beneficiário da assistência judiciária gratuita ficam suspensos, nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50. 2. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos" (EDcl nos EDcl no AREsp 275.840/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18.12.2014, *DJe* 09.02.2015).

[27]Em movimento típico da chamada "jurisprudência defensiva", em 2014 o STJ passou a entender ser necessário que o beneficiário da justiça reitere, a cada grau de jurisdição, o requerimento de gratuidade Mas, felizmente, em fevereiro de 2015, a Corte Especial decidiu em sentido inverso, afastando tal necessidade. O assunto, vale frisar, não é enfrentado no CPC/2015. A decisão do STJ, constante do informativo 557/STJ, é a seguir sintetizada: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EFICÁCIA DA CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Quando a assistência judiciária gratuita for deferida, a eficácia da concessão

do benefício prevalecerá, independentemente de renovação de seu pedido, em todas as instâncias e para todos os atos do processo – alcançando, inclusive, as ações incidentais ao processo de conhecimento, os recursos, as rescisórias, assim como o subsequente processo de execução e eventuais embargos à execução –, somente perdendo sua eficácia por expressa revogação pelo Juiz ou Tribunal" (AgRg nos EAREsp 86.915-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 26.02.2015, *DJe* 04.03.2015).

18

LITISCONSÓRCIO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

18.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO



Ao tratarmos do tema dos sujeitos do processo, tivemos a oportunidade de identificar, na esteira da lição de Dinamarco, a existência de uma estrutura mínima na relação processual: uma pessoa, com base em um fundamento, formulando um pedido, em face de outra, perante um determinado juízo.

Essa estrutura mínima, conforme o caso, pode ser acrescida em algum ou alguns de seus elementos tornando-se mais complexa. Naturalmente, isso só será permitido pelo legislador na medida em que houver benefício para o sistema processual. Tendo esse dado em mente, fica mais fácil compreender a razão do legislador impor determinados requisitos para admitir esse acréscimo.

É precisamente o que ocorre no tema ora tratado. O legislador admite, em determinadas circunstâncias, que ao invés de termos uma pessoa em cada polo da relação processual passemos a ter duas ou mais, seja no polo ativo, seja no passivo ou mesmo em ambos. A essa pluralidade de pessoas em um ou ambos os polos dá-se o nome de *litisconsórcio.*[1] Se a pluralidade ocorre no lado do autor, temos o *litisconsórcio ativo*, se no lado do réu, *litisconsórcio passivo*, e se em ambos os lados, *litisconsórcio misto*. Essa é, pois, uma primeira classificação que podemos fazer de litisconsórcio.

Há outras classificações importantes a serem consideradas. Primeiro, quanto à sua obrigatoriedade ou não. Sob esse ponto de vista teremos, respectivamente, o *litisconsórcio necessário* (obrigatório) e o *litisconsórcio facultativo*. Com efeito, dissemos que o legislador, em determinadas circunstâncias, permite acréscimo subjetivo na estrutura mínima da relação processual (litisconsórcio facultativo), mas há casos em que se vai mais além: há uma verdadeira exigência de que mais de uma pessoa figure num dos polos da relação (litisconsórcio necessário). As hipóteses de ocorrência de uma ou outra situação serão examinadas em seguida.

Antes, porém, apresentemos outra classificação possível, essa quanto aos efeitos. Nesse sentido, falamos em *litisconsórcio unitário* (em que o juiz necessariamente terá de decidir a demanda de modo uniforme para todos os litisconsortes) e *litisconsórcio comum*, ou *simples* (a decisão da demanda, considerando-se em abstrato, poderá ser diversa para cada um dos litisconsortes). Essa classificação também demanda algumas especificações, que serão feitas adiante.

Desde logo, tendo em conta que se trata de classificações elaboradas sob pontos de vista diferentes, anote-se que podemos, em tese, ter litisconsórcio necessário unitário, litisconsórcio necessário comum, litisconsórcio facultativo unitário e litisconsórcio facultativo comum.

Podemos, ainda, classificar o litisconsórcio de acordo com o momento de sua constituição e aí dizemos *litisconsórcio inicial* (formado desde o início da relação processual, por indicação na petição inicial) e *litisconsórcio ulterior* (surgido posteriormente). Esse litisconsórcio ulterior pode, inclusive, ocorrer por ato do réu, no caso do chamamento ao processo (art. 130 do CPC). O juiz, como veremos, deve determinar a integração do litisconsorte necessário na relação processual, mas não pode simplesmente determinar a inclusão no caso de litisconsórcio facultativo.[2]

Em resumo, em termos classificatórios, podemos, de maneira esquemática, apresentar:



Registre-se, finalmente, que alguns doutrinadores[3] ainda cogitam numa outra possível modalidade de litisconsórcio: o **alternativo** (tanto o puro como na versão alternativa subsidiária ou eventual). Ocorre aqui uma analogia com a cumulação objetiva alternativa e alternativa eventual, tratada nos arts. 325 e 326 do CPC. Essa forma de litisconsórcio, na visão desses autores, seria utilizável naquelas situações em que há forte dúvida sobre quem deveria ser o sujeito passivo. Seria um meio de evitar a formação de dois processos sucessivos, caso o primeiro eleito seja reconhecido como parte ilegítima passiva. As razões, portanto, estão, de um lado, no âmbito da economia processual. De outro, evitaria o risco de decisões conflitantes (que haveria nesse caso se o outro juízo também concluísse pela ilegitimidade passiva). A matéria não é muito desenvolvida no direito brasileiro, e a doutrina se fundava principalmente em precedentes no direito comparado (Itália). O STJ, porém, já registra um caso em que se admitiu o litisconsórcio alternativo. Trata-se do RESP 727.233/SP (2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 19.03.2009). No caso, dois municípios diferentes cobraram ISS de uma empresa por uma mesma prestação de serviços. Essa empresa, tendo pagado o imposto ao primeiro dos municípios, pleiteou anulação do débito fiscal em relação ao outro. Para a eventualidade, porém, de se entender devido o tributo ao segundo município, incluiu no polo passivo o primeiro, em litisconsórcio eventual, pleiteando a repetição do indébito.[4] Registre-se, ainda, que a lei processual prevê expressamente uma hipótese de litisconsórcio alternativo, no caso do art. 547, em matéria de consignação em pagamento.[5] O litisconsórcio alternativo já era plenamente aceitável à luz do direito anterior,

mas, considerando que o art. 4º do NCPC deixa clara a opção de promover o julgamento do mérito, sempre que possível, a sua utilização torna-se ainda mais justificável.

Estabelecidas, assim, as principais classificações que o tema envolve, passemos à análise das hipóteses e consequências jurídicas daí derivadas.

18.2. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

18.2.1. Hipóteses

O legislador permite que mais de uma pessoa figure no mesmo polo da relação processual tendo em vista certas aproximações existentes entre o pleito de uma e o de outra (ou do que é pleiteado em relação a uma ou a outra). Razões de economia processual tornam útil essa ampliação na estrutura da relação processual. Ao invés de termos dois processos para resolver as duas situações jurídicas, teríamos apenas um, com economia de tempo e atos processuais.

Apenas para visualizar melhor o que acabamos de falar, figure-se a seguinte situação: um indivíduo e outro, isoladamente considerados, que estariam sujeitos, em tese, ao pagamento de um determinado tributo. Imagine-se que a lei que instituiu esse tributo tenha discutível constitucionalidade. Poderia cada um deles promover uma demanda, *v.g.*, declaratória de inexigibilidade de tributo, gerando, assim, dois processos. Outra hipótese é esses dois indivíduos se reunirem, em litisconsórcio, formulando tal pleito, gerando apenas um processo, que irá resolver as duas relações jurídicas.

Essas hipóteses que levam em consideração essas aproximações estão compendiadas no art. 113, CPC, em três incisos,[6] e serão a seguir examinadas. Cândido Dinamarco,[7] tratando de dispositivo similar do CPC de 1973, percebia nelas uma *escalada de intensidade* nas diversas situações, isto é, partia-se de aproximações maiores (“comunhão”) até as menores (“afinidade”). Em alguns casos, como veremos, a distinção entre uma hipótese e outra é, no mínimo, sutil, de tal sorte que uma mesma situação prática poderia ser enquadrada em um e outro inciso. A existência de situações dúbias em termos de enquadramento neste ou naquele inciso,

todavia, não nos deve preocupar, desde que possamos aferir corretamente ser ou não admissível o litisconsórcio naquele caso. Vamos às hipóteses.

O inciso I faculta o litisconsórcio de duas ou mais pessoas quando "*entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide*". Naturalmente a aferição da existência ou não dessa comunhão nos remete ao direito material. É por isso que imediatamente nos vem à mente a solidariedade ativa ou passiva, prevista no Código Civil (arts. 267 a 285). Não é por outro motivo que a maioria dos autores alude à solidariedade quando tratam dessa hipótese.[8] Realmente, olhando para a solidariedade ativa, conforme a lei civil, cada credor – sozinho – pode exigir a totalidade da prestação (art. 267), ficando responsável por pagar aos demais a parte que lhes cabe (art. 272). Isso significa que eles não estão obrigados a figurar no mesmo polo da relação, mas, naturalmente, como existe comunhão de direitos, eles podem se apresentar juntos exigindo o cumprimento da obrigação. Se assim o fizerem, serão litisconsortes e a modalidade será a facultativa. Pensando na solidariedade passiva, observamos na lei civil que o credor pode exigir de um ou de alguns a totalidade da dívida (art. 275). Obviamente também pode exigir de todos os devedores solidários. Exigindo em juízo de mais de um deles, teremos litisconsórcio na sua modalidade facultativa. A hipótese do inciso I não se reduz, porém, à solidariedade. Como explica Celso Agrícola Barbi, comentando idêntico dispositivo da lei anterior, podemos ter comunhão de obrigações com vários devedores em conjunto, mas com partes definidas.[9] Também será caso de litisconsórcio com fulcro nesse inciso se tivermos mais de um condômino reivindicando a coisa comum (art. 1.314, CC). Arruda Alvim, tratando do CPC/1973, observava que, nos casos do art. 77 (chamamento ao processo),[10] teríamos, também, situação que possibilitaria ao autor promover a demanda em litisconsórcio passivo, com fulcro no inciso I.[11]

O inciso II, por seu lado, permite o litisconsórcio quando "*entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir*". Um bom exemplo dessa situação é o caso de um acidente de trânsito em que o motorista imprudente acaba atingindo mais de um carro, danificando-os. Temos aqui que uma mesma ocorrência de fato, base da causa de pedir, pode levar os lesados a litigarem em conjunto, no polo ativo, exigindo a devida reparação. A conexão pode se dar, também, pelo pedido. O pedido, conforme se explicou no Capítulo 13, pode ser mediato (bem da vida) ou imediato (provimento jurisdicional). A conexão que dá ensejo ao litisconsórcio diz

respeito a pedido mediato.[12] Esse dispositivo é coerente com a sistemática de nosso Código, que prevê a possibilidade de reunião de demandas conexas para julgamento conjunto (art. 55). As razões, lá e aqui, são a economia processual e a intenção de evitar decisões contraditórias. A técnica do litisconsórcio e a da reunião de demandas acaba produzindo o mesmo resultado prático. Cândido Dinamarco,[13] escrevendo à luz do CPC/1973, fazia interessante observação no sentido de que a conexão, adotada pelo Código, parte da tradicional teoria dos três *eadem* (partes, causa de pedir e pedido). Entretanto, a verificação da conexão não deve se prender à identidade perfeita da causa de pedir ou do pedido, bastando, às vezes, identidade parcial. O critério básico seria o proveito prático, isto é, a *convicção única* acerca do quanto está sendo demandado num caso e noutro recomenda a decisão conjunta, de modo a evitar disparidades. O entendimento parece atual à luz do CPC/2015, visto que a caracterização da conexão continua a depender da identidade de pedido ou causa de pedir (art. 55). Entretanto, em matéria de reunião de demandas o legislador do CPC/2015, atento a tal orientação doutrinária, resolveu o problema na medida em que o § 3º do art. 55 dispõe que a reunião se dará sempre que houver risco de decisões conflitantes, ainda que não haja conexão. No caso do litisconsórcio passivo a questão também fica resolvida na medida em que a dicção do inciso III é ampla o suficiente para enquadrar a situação de identidade parcial de causa de pedir.

Finalmente, temos o inciso III, viabilizando o litisconsórcio quando "*ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*". Com relação a esse inciso, que repete disposição idêntica do direito anterior, poderia haver alguma discussão sobre o significado da palavra "questão". Como se sabe, questão, na sua acepção técnica, significa *ponto controvertido* de fato ou de direito. Pressupõe, portanto, contestação. Como estamos tratando de situação existente no momento da propositura da ação, vemos que não é possível entender a expressão no seu sentido técnico. Melhor é entender como sendo afinidade de fundamentos.[14] Alexandre Freitas Câmara exemplifica com o caso, bastante comum, de vários funcionários públicos pleitearem a inclusão de uma mesma gratificação nos seus respectivos salários, com base em um determinado dispositivo legal.[15] Ernane Fidélis dos Santos[16] figura diversos exemplos: vários trabalhadores promovem, juntos, ação de cobrança da empreitada de cada um deles, realizada numa *mesma* construção; filhos que pleiteiam em conjunto a nulidade de diversas vendas de imóvel que o pai deles fez aos outros filhos, tendo como afinidade de

fundamento a infração ao art. 496 do CC; etc.

18.2.2. Recusa do litisconsórcio

O direito atual não admite a simples recusa do litisconsórcio por parte do réu, isto é, por sua simples vontade. Poderá, no entanto, haver a limitação do litisconsórcio na hipótese prevista no § 1º do art. 113.

Essa hipótese permite que o réu se insurja contra o litisconsórcio, da forma como foi instituído, por prejudicar o contraditório. O juiz, igualmente, poderá limitar o litisconsórcio, agindo de ofício,[17] quando verificar a sua inconveniência em termos de celeridade ou contraditório. Esse dispositivo, já constante no direito anterior, obedece à lógica do litisconsórcio, anteriormente apresentada. Permite o legislador que a estrutura subjetiva da relação processual seja ampliada porque vislumbra benefícios ao sistema. Ora, se em determinadas circunstâncias os prejuízos superam de forma significativa os possíveis benefícios, há de haver uma válvula que permita corrigir esse tipo de inconveniente.

Nesse sentido é que deve ser lido o § 1º do art. 113, que apresenta a seguinte redação: "*O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento de sentença*".

Observe-se que estão em xeque dois princípios fundamentais do processo: a celeridade processual (hoje incluída na Constituição Federal, no art. 5º, LXXVIII) e o contraditório (igualmente assegurado pela lei maior, no art. 5º, LV). O litisconsórcio, nas hipóteses do art. 113, pode ser conveniente, em princípio, mas não será se prejudicar qualquer dos dois princípios.[18]

Cândido Dinamarco fornece exemplo típico de situação em que o litisconsórcio, pelo excesso de pessoas envolvidas (chamado de *litisconsórcio multitudinário*) seria prejudicial: milhares de servidores públicos pleiteando um mesmo benefício em face da Fazenda, num mesmo processo.[19] Ainda que a tese jurídica seja a mesma, o excessivo número de pessoas impedirá que o juiz atente para circunstâncias particulares de cada um que poderiam influir no resultado (comprovação de requisitos necessários para o enquadramento na situação analisada etc.). Note-se, ainda, como bem observa Araken de Assis, que o dispositivo em apreço se aplica tanto ao litisconsórcio ativo

quanto ao passivo.[20] Ernane Fidélis dos Santos dá exemplo de caso em que o excesso de litigantes está no polo passivo: grandes invasões de imóveis, feitas por centenas de pessoas, mediante ações autônomas. A propositura da ação de reintegração de posse em face de todos poderia, segundo ele, prejudicar o processamento do feito.[21]

Verificando-se a hipótese figurada no § 1º do art. 113, o juiz não irá recusar o litisconsórcio, ou excluir alguns dos litigantes. O juiz deverá desmembrar o processo em tantos quantos forem necessários para evitar o prejuízo à defesa ou à celeridade.

18.2.3. O problema do litisconsórcio ulterior

Ainda no tocante ao litisconsórcio facultativo, devemos tecer algumas considerações relativas à sua formação posteriormente ao ajuizamento da demanda. Não nos referimos, evidentemente, ao chamamento ao processo, que acarreta litisconsórcio ulterior por expressa disposição de lei. O problema, aqui, é a possibilidade de o autor, após ter ajuizado a demanda, promover a ampliação na estrutura subjetiva da demanda e algum terceiro, intervindo, provocar tal alteração. São essas as situações que iremos tratar.

O autor, antes da citação do réu, pode provocar alterações na demanda, consoante permite o art. 329. A lei fala em alterações no pedido ou na causa de pedir, mas não vemos, em princípio, óbice para a alteração subjetiva, até porque o autor poderia livremente desistir da demanda original e propor nova demanda incluindo outras pessoas. Nesse sentido parece razoável admitir a formação de litisconsórcio ulterior antes da citação do réu. Posteriormente à citação, o Código admite alteração da causa de pedir ou do pedido, desde que seja com o consentimento do réu. Não fala mais, como fazia o direito anterior, em se manterem as mesmas partes, o que levou Luis Guilherme Aidar Bondioli a entender que, de acordo com o CPC de 2015, o autor pode alterar a petição inicial para modificar o número das pessoas no processo.[22] A falta de menção expressa na lei à possibilidade ou não de alteração subjetiva deixa dúvidas a esse respeito.

Outra questão polêmica é o litisconsórcio ulterior por iniciativa de terceiro. Trata-se do caso em que, numa demanda já ajuizada, alguém (que se

enquadra em uma das hipóteses do art. 113) pretender ingressar do lado do autor. É comum, por exemplo, um funcionário pleitear determinada vantagem em face da Fazenda Pública e alguns outros, na mesma situação, pretenderem ingressar formulando seu pleito no mesmo processo. Dinamarco,[23] discorrendo largamente sobre o tema, admite, em princípio, essa intervenção litisconsorcial voluntária, mesmo contra a vontade das partes originárias, desde que, evidentemente não prejudique o contraditório ou o bom desenvolvimento do processo. Ficariam excluídos, portanto, os casos em que tal intervenção viesse a configurar a situação referida no § 1º do art. 113, e, também, se ela pretendesse se dar após o saneamento (em que a alteração subjetiva provocaria tumulto processual). De nossa parte, porém, entendemos que o litisconsórcio voluntário ulterior não deve ser admitido, sob pena de violarmos o princípio do juiz natural. Realmente, a formação posterior do litisconsórcio, por simples vontade da parte, poderia redundar na escolha do juízo que se pretende litigar, o que atenta contra aquele princípio. É por esse motivo que Alexandre Freitas Câmara,[24] Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery[25] e Vicente Greco Filho[26] manifestam seu repúdio à intervenção litisconsorcial voluntária. No mesmo sentido tivemos oportunidade de conferir julgado do Superior Tribunal de Justiça.[27] Ressalte-se, ainda, que a Lei 12.016/2009, em seu art. 10, § 2º, veda expressamente o litisconsórcio ativo ulterior no mandado de segurança (“depois de despachada a petição inicial”).

18.3. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Diferentemente da figura que acabamos de tratar, vamos agora à pluralidade subjetiva num dos polos da relação como exigência legal. Como exigência legal ou, como expressa o art. 114, como decorrência da natureza da relação jurídica. O que identifica o litisconsórcio necessário, de qualquer forma, é a indispensabilidade da presença de mais de uma pessoa em um dos polos da relação processual.

Vale, nesse passo, deixar bem claro que litisconsórcios necessário e unitário não se confundem. O NCPC não mais mistura os conceitos, como o fazia o CPC de 1973. O NCPC, corretamente, refere-se à necessariedade no art. 114 e à unitariedade no art. 116. De fato, o critério de classificação da necessariedade e da unitariedade, como vimos, é distinto. Embora, na prática,

a ocorrência de litisconsórcio necessário-unitário seja mais frequente que a do litisconsórcio necessário-comum, os conceitos – e as consequências jurídicas – não se confundem. Só para ilustrar, podemos, de um lado, indicar como exemplo de litisconsórcio necessário comum a ação de usucapião, que inclui no polo passivo também os confinantes do imóvel, em que a sentença pode excluir um deles e o outro não. Por outro lado, temos a possibilidade de o litisconsórcio ser facultativo e unitário, na ação de anulação de deliberação societária proposta por alguns dos sócios. Observe-se que é facultativo porque apenas um dos sócios poderia propor a demanda, mas, caso haja litisconsórcio, será unitário porque o resultado terá de ser uniforme (o juiz não pode anular a deliberação para um sócio e para o outro não).

O ser necessário em decorrência de disposição legal não oferece maior dificuldade de interpretação. Tanto o Código de Processo Civil quanto várias leis extravagantes estabelecem situações em que o litisconsórcio é obrigatório. Nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 73 do NCPC, ou na ação de usucapião (art. 246, § 3º, NCPC), o litisconsórcio deve ocorrer por expressa disposição legal.

Paralelamente, temos litisconsórcio necessário pela relação jurídica envolvida. A jurisprudência e a doutrina são pródigas em exemplos: ação ordinária de extinção de condomínio;[28] ação de investigação de paternidade em face dos herdeiros, tendo já falecido o pai; ação de nulidade casamento promovida pelo Ministério Público (art. 1.549 do CC); ação visando anular escritura de venda e compra, em que se exige a participação de todos os que figuraram no ato anulando[29] etc.

Em se tratando de litisconsórcio necessário, deixando o autor de promover a demanda em face de alguém que deveria obrigatoriamente figurar, o juiz deverá ordenar que o autor providencie a sua citação, sob pena de extinção do processo (art. 115, parágrafo único).[30] E se o juiz deixar de fazer tal determinação? O processo será nulo? Se percebida a falha durante o curso do processo, o juiz determinará a integração, sob pena de extinção do processo (art. 115, parágrafo único), anulando-se os atos que ficaram viciados pela não participação do litisconsorte necessário.[31] E se a sentença tiver transitado em julgado sem que se tenha percebido a falta de litisconsorte necessário? Segundo determina o art. 115, a sentença de mérito será nula no caso de o litisconsórcio em questão ser também unitário. Caso o litisconsórcio seja necessário simples (ou comum), a sentença será ineficaz

apenas para aqueles que não foram citados. Essa ineficácia poderia, inclusive, ser objeto de arguição através de ação declaratória autônoma (a chamada "*querela nullitatis insanabilis*"), não estando sujeita aos limites temporais da ação rescisória.

Ainda sobre litisconsórcio necessário devemos analisar as dificuldades e problemas no caso da sua configuração no polo ativo da relação jurídica processual. Há quem negue, é verdade, a possibilidade de sua configuração.[32]. Considerando os problemas que essa modalidade pode gerar, o próprio legislador a procura evitar (veja-se, por exemplo, o caso do art. 73, *caput*, em que o legislador exige a simples outorga do cônjuge, ao invés de sua participação; ou os casos de solidariedade ativa, em que é permitido a qualquer dos credores pleitear o direito que a todos pertence etc.). Todavia, tendo em vista que o litisconsórcio necessário pode derivar da própria natureza da relação jurídica discutida, parece-nos que não se pode, de plano, recusar a sua configuração.[33]

Admitida a hipótese do litisconsórcio necessário ativo, como fazer se algum deles não integrou a relação jurídica processual? O problema é complexo porque, em decorrência do próprio princípio da demanda, o nosso sistema é avesso a compelir alguém a propor demanda. Por outro lado, se não pode ser obrigado a integrar a relação processual, pode ser que a sua ausência inviabilize a propositura da ação. Cândido Dinamarco entende que a solução é, em primeiro lugar, considerar o litisconsórcio necessário ativo apenas em caráter excepcional, mas, caso venha a se configurar, sem a integração do litisconsorte o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito.[34] Essa parece ser a opinião mais acertada. Há outra solução proposta, entretanto. Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery[35] não se poderia exigir o litisconsórcio ativo. Assim, para eles, caso seja necessária integração na relação processual daquele que poderia figurar como autor e não o deseja, a solução seria citá-lo para integrar a relação processual, restando-lhe a opção de continuar no polo passivo ou passar ao polo ativo, formando litisconsórcio com o autor. Não nos parece que uma solução dessa possa ser extraída do nosso sistema processual. Difícil vislumbrar legitimidade passiva daquele que poderia tê-la para figurar no polo ativo daquela demanda. A nosso ver, tal solução só poderia ser cogitada se houvesse expressa disposição legal a respeito.

18.4. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E LITISCONSÓRCIO COMUM

O litisconsórcio unitário prende-se ao fato de que a decisão terá, forçosamente, de ser uniforme para todos os colitigantes.[36] Trata-se de uma *verificação prévia*, sem necessidade de se conferir o resultado final daquela demanda em concreto. Assim, não é o fato de aquele caso em particular ter recebido decisão uniforme para todos os colitigantes que o litisconsórcio terá sido unitário. Veja-se o caso de uma ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público. Não é concebível que o juiz julgue procedente a demanda em face de um cônjuge e improcedente em face do outro. É a incindibilidade da relação jurídica que irá determinar a unitariedade do litisconsórcio. Além do exemplo já mencionado, vários outros podem ser indicados, como a ação de anulação de deliberação social proposta por alguns dos sócios; a ação de alguns dos condôminos reivindicando a coisa comum na posse de um terceiro (art. 1314 do CC) etc.

O litisconsórcio comum, ou simples, define-se pelo oposto. Configura-se quando aquela demanda admite, *em tese*, decisão diversa para cada um dos litisconsortes. Imagine-se, por exemplo, dois funcionários públicos pleiteando, cada um para si, o mesmo tipo de vantagem funcional. É perfeitamente concebível que o juiz entenda que um dos litigantes preencheu os requisitos para a obtenção do benefício e ou outro não, o que acarretará a procedência para um deles e para o outro a improcedência. Por outro lado, se o juiz, no caso concreto, decidir pela procedência de ambos os pleitos, esse evento não tornará o litisconsórcio unitário.

A caracterização da unitariedade ou do caráter comum do litisconsórcio traz reflexos práticos que serão tratados a seguir, no tocante ao regime jurídico.

18.5. REGIME JURÍDICO

A principal regra encontrada no Código de Processo Civil para definir as consequências do litisconsórcio é a do art. 117, segundo o qual "*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”.

Fixada, portanto, a regra de independência entre os colitigantes no caso de litisconsórcio comum, ou simples. No litisconsórcio unitário, ao reverso, como o tratamento tem que ser único para todos os litisconsortes, o ato de um deles beneficia os demais, mas as suas omissões não os podem prejudicar. Não se poderia, evidentemente, dar a um dos litigantes o poder de prejudicar os outros.[37]

Nesse sentido, plenamente aplicável ao litisconsórcio unitário a regra de que a contestação de um dos litisconsortes afasta a revelia derivada da ausência de defesa do outro (art. 345, I), assim como o recurso de um deles aproveita a todos, caso seja provido (art. 1.005, *caput*).

Se a aplicabilidade desses dispositivos ao litisconsórcio unitário é indiscutível, o mesmo não se diga no tocante ao comum (simples). Quanto ao afastamento da revelia, tratando de dispositivo similar do direito anterior, Cândido Dinamarco[38] defendia que tal ocorreria também no litisconsórcio simples se a defesa apresentada fosse comum a ambos. Com respeito ao aproveitamento do recurso oferecido pelo colitigante, como o art. 1.005 fala que aproveita a todos os litisconsortes “salvo se distintos ou opostos os seus interesses”, parece haver boa margem para a interpretação de que o dispositivo também se aplica ao litisconsórcio simples em que o recurso tenha fundamento comum.[39]

Finalmente, o art. 118 estabelece a regra da independência na gestão do processo, aplicável a qualquer tipo de litisconsórcio, ao determinar a intimação de cada um dos litisconsortes, para que promovam os atos para dar andamento ao processo.

[1]Considerando que a mudança de qualquer dos elementos da demanda a transforma em outra (lembrar da tríplice identidade já examinada no Capítulo 15), teremos, aqui, uma espécie de cumulação de demandas pela pluralização no elemento subjetivo. Seria uma espécie de *cumulação subjetiva de demandas*. Falamos em cúmulo subjetivo de demandas, porém, apenas no caso do litisconsórcio facultativo e comum a existência de cumulação é indiscutível. Para Dinamarco, no litisconsórcio unitário “tem-se uma demanda só” (*Litisconsórcio,* São Paulo: Malheiros, 4. ed.,

1996, n. 28) e para Araken de Assis (*Cumulação de Ações*, São Paulo: RT, 4. ed., 2002, n. 30, à p. 135) "toda vez que *necessário* o litisconsórcio existe uma só ação".

[2]O que pode ocorrer, com o mesmo efeito prático, é o juiz determinar a reunião de demandas conexas para julgamento conjunto (art. 55, CPC) entre as quais não haja identidade de autor e réu. O resultado prático será o mesmo de um litisconsórcio formado inicialmente por iniciativa do autor.

[3]Abordando a matéria, em doutrina nacional, veja-se Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, n. 581; e o artigo de Ronnie Preuss Duarte Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro, *RePro* 147:27-49, maio 2007.

[4]Para uma análise detalhada do caso, veja-se Silas Silva Santos, Litisconsórcio eventual: decisão pioneira do STJ, *RePro* 175:279-285, set. 2009.

[5]"Art. 547. Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos possíveis titulares do crédito para provarem o seu direito."

[6]O direito anterior continha mais um inciso prevendo a possibilidade de litisconsórcio se "*os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito*". A doutrina (*v.g.*, Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, item 291) apontava a existência de superposição entre esse inciso e aquele que fala em conexão (inciso II do art. 113 do CPC/2015, que repete o inciso III do art. 45, do CPC/1973). O NCPC, corretamente, suprimiu o excesso.

[7]*Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 16, p. 56.

[8]Cf. Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, item 35 (à p. 83); Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, item 290.

[9]Cf. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, item 290.

[10]Art. 77 do CPC de 1973 e art. 130 do CPC de 2015.

[11]Cf. Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, item 35 (à p. 83/84).
[12]Cf. Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, item 294.
[13]Cf. *Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, item 31.
[14]Cf. Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, item 32. Igualmente, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, item 39 (p. 87).
[15]*O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 80-81.
[16]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2006, v. 1, item 132 (p. 73).
[17]Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 193.
[18]Araken de Assis (*Cumulação de Ações*, São Paulo: RT, 4. ed., 2002, item 50, p. 194) refere-se ao dispositivo análogo do direito anterior como decorrente do princípio da igualdade entre as partes (art. 125, I, CPC), que, em última análise também decorre de dispositivo constitucional (art. 5º, *caput*).
[19]A Reforma do Código de Processo *Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, item 27 (à p. 58).
[20]*Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, item 50, p. 94.
[21]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2006, v. 1, item 133 (p. 73).
[22]*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 833.
[23]*Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 72, p. 333-344.
[24]*Lições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 24. ed., 2013, p. 203.
[25]*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, São Paulo: RT, 7. ed., 2003, em nota 4 ao art. 46.
[26]*Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19. ed., 2006, v. 1, p. 131.
[27]"PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO

CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ATIVO ULTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. ALÍNEA 'C'. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

.....

2. Inadmissível a formação de litisconsórcio facultativo ativo após a distribuição do feito, sob pena de violação ao Princípio do Juiz Natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz. Precedentes do STJ" (AgRg no REsp 1022615 / RS – 2ª Turma do STJ – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, v.u., j. 10.03.2009, *Dje* 24.03.2009).

[28]Exemplo extraído de Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, item 40, à p. 92, que contempla, ainda, vários outros casos encontrados na jurisprudência.

[29]Esse e os demais exemplos encontrados em Cândido Dinamarco (*Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 52), que apresenta extensa casuística.

[30]Para Dinamarco (*Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 63, à p. 251) a falta de integração de litisconsorte necessário faz com que aquele que está no processo sem o concurso dos demais seja parte ilegítima passiva, o que deveria, pela nossa sistemática processual, acarretar extinção sem resolução do mérito.

[31]Como explica Dinamarco (*Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 63.3. p. 258-259), dependendo da atitude do litisconsorte chamado a participar, pode não haver necessidade de anular ato algum (*v.g.*, se ele, citado, comparecer simplesmente ratificando os atos praticados pelo colitigante).

[32]É o caso de Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, item 305). Alexandre Freitas Câmara também entende não ser possível o litisconsórcio ativo necessário por atentar contra a lógica do sistema processual, uma vez que poderia implicar violação à liberdade de demandar ou infringência ao direito de acesso à Justiça (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 79-80).

[33]Cândido Dinamarco figura, entre outros, o exemplo de dois

compradores de um imóvel numa venda *ad mensuram* que não tenha observado a medida especificada. O exercício de qualquer um dos três direitos concorrentes, através de ação, só poderá ocorrer mediante o concurso de ambos no polo ativo (*Litisconsórcio,* São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 58.8, p. 234).

[34]Cf. *Litisconsórcio*, São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1996, n. 58.9, p. 239.

[35]*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, São Paulo: RT, 7. ed., 2003, em notas 6, 7, 8 e 9 ao art. 47. No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 24. ed., 2013, v. 1, p. 192-193.

[36]Precisa a definição do art. 116 do CPC: *"O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes"*.

[37]Como advertia Celso Agrícola Barbi, em lição proferida na vigência do CPC de 1973, mas plenamente aplicável ao CPC de 2015 (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. I, n. 312).

[38]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, p. 372.

[39]Entendendo, em sentido oposto, que o dispositivo em apreço só é aplicável ao unitário, veja-se Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 936-937.

19

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

ANDRÉ PAGANI DE SOUZA

19.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Sob essa rubrica o Código de Processo Civil de 2015 trata de várias formas de admissão de um terceiro em um processo já existente. Nesse ponto destaque-se que o NCPC, ao contrário do CPC de 1973, passou a incluir no rol das formas de intervenção a figura da assistência. Por outro lado, o NCPC deixou de tratar da oposição como forma de intervenção de terceiro, incluindo-a entre os procedimentos especiais. Nesse ponto, a nosso ver, andou mal. Ainda que se possa doutrinariamente discutir quanto à inclusão da oposição como forma de intervenção de terceiros, o fato é que, seguramente não é um procedimento especial. Outra grande mudança que verificamos nesse tema é que o NCPC não mais prevê a nomeação à autoria, visto que criou um mecanismo mais amplo e simplificado para a correção do polo passivo da demanda, a partir de alegação na própria contestação (art. 339).

A intervenção de terceiros ocorre de variadas formas, como teremos oportunidade de constatar. O terceiro poderá ingressar no processo em outra demanda que é veiculada por uma das partes (denunciação da lide), de modo que ambas passem a correr simultaneamente e sejam julgadas em conjunto; poderá compor o polo passivo junto com o réu da demanda original (chamamento ao processo); ou poderá atuar de forma a auxiliar uma das

partes (assistência). Podemos até incluir a intervenção de alguém com conhecimento sobre o tema discutido para fornecer maiores subsídios ao julgador. Referimo-nos, neste último caso, ao *amicus curiae*, que, abstraindo-se as discussões doutrinárias sobre sua natureza jurídica, é tratado no NCPC dentro da rubrica da "Intervenção de Terceiros".

As possibilidades aqui são muito diversas conforme as necessidades do direito material que se pretende instrumentalizar. Em tema de intervenção de terceiros, é particularmente sensível a influência da situação de direito material, conforme bem observa José Roberto Bedaque.[1] Bem por isso que o exame dessas modalidades de intervenção de terceiros só pode ser feito com os olhos postos no direito material. Os conceitos de solidariedade, coobrigação, evicção, posse, detenção e outros extraídos do direito material devem estar presentes na mente de quem estuda as várias formas de intervenção de terceiros.

A despeito da variedade acima destacada, podemos identificar algum tipo de ampliação (ou pelo menos alteração) na estrutura subjetiva definida na petição inicial. Referimo-nos novamente à estrutura mínima do processo, que, no seu aspecto subjetivo, envolve um autor, um juiz e um réu. A razão para se admitir a intervenção está ligada ou à influência que aquele processo terá na esfera jurídica de terceiro, ou ao interesse em termos de economia processual e/ou de evitar decisões logicamente conflitantes.

São essas as primeiras considerações gerais que tínhamos a fazer, deixando as particulares para cada uma das modalidades de intervenção.

19.2. ASSISTÊNCIA

19.2.1. Conceito e procedimento

A assistência é uma modalidade de intervenção de terceiro visando a auxiliar uma das partes. O Código de Processo Civil de 2015 corretamente (e ao contrário do CPC/1973) regula a assistência como espécie de intervenção de terceiros. Na assistência, que é uma intervenção voluntária, não há introdução de demanda nova, não ficando alterado, pela sua ocorrência, o objeto litigioso. Esse terceiro que intervém na qualidade de assistente passa a ser parte? Depende, naturalmente, do conceito de parte que se adote.

Coerentemente ao que se disse antes, a respeito de parte no processo como alguém que está sujeito ao contraditório instituído perante o juiz e que, portanto, tem poderes, deveres, faculdades, devemos concluir que o assistente é parte no processo, embora não seja parte na demanda. A sua especial condição leva a dizer que ele é parte auxiliar.

O que autoriza alguém a intervir no processo para auxiliar uma das partes? A resposta é **interesse jurídico**, conforme expressa o art. 119, *caput*. Só pode intervir no processo como parte quem tiver interesse jurídico na causa.[2] O mero interesse econômico não é suficiente. É clássico o exemplo do credor que vê o devedor demandado em outro processo pelo pagamento de vultosa quantia. O credor tem interesse em que o devedor saia vencedor, caso contrário este último talvez não tenha condições de pagar o seu crédito. Esse interesse, porém, é *meramente econômico*, e não jurídico. A relação jurídica desse credor em nada ficará alterada se o devedor vier a ser derrotado no outro processo. Podemos defluir, portanto, que interesse jurídico é dado pela potencialidade de a decisão do processo influir na relação jurídica daquele que pretende intervir na qualidade de assistente.

Note-se, como esclarece Cândido Dinamarco, que esse terceiro pode optar por não intervir, mesmo vislumbrando essa interferência. Afinal, mantendo-se fora daquele processo, ainda que a eficácia natural da sentença o atinja, não será abrangido pela coisa julgada material e poderá discutir o decidido em outro processo. Se o resultado daquele processo, porém, for desfavorável a seus interesses, lhe criará um *precedente inconveniente*, o que pode levá-lo a tentar evitar que o juiz profira tal decisão.[3]

Dependendo da proximidade do vínculo com a relação jurídica em disputa, poderemos ter assistência simples ou assistência qualificada (litisconsorcial). O NCPC, de forma mais sistemática, separou em seções distintas os dispositivos pertinentes à assistência simples e à litisconsorcial, o que facilita a compreensão e a aplicação do instituto. Tais distinções, porém, serão abordadas nos itens seguintes. Cabe-nos, nesse momento, tratar do procedimento de assistência.

Quanto ao procedimento, por primeiro destaque-se o preceituado no parágrafo único do art. 119, que permite a assistência em qualquer tipo de procedimento (comum ou especial) e em qualquer grau de jurisdição (até mesmo nas instâncias superiores). Isso, naturalmente, falando em termos de processo de conhecimento. E no processo de execução? Considerando que o

auxílio é prestado para evitar uma decisão desfavorável, entendemos que não caberá na execução[4] (embora seja admissível nos embargos à execução).

Apresentada a petição de assistência, o juiz irá verificar, num exame preliminar, se os requisitos estão preenchidos. Caso não estejam, o juiz o rejeitará liminarmente (art. 120, *caput*). Se não for caso de rejeição liminar, o juiz dará oportunidade para as partes se manifestarem a respeito, no prazo de 15 (quinze) dias. Se não houver impugnação, o pedido será deferido (art. 120, *caput*). Caso uma delas, ou ambas, se manifeste(m) contrariamente à assistência, o juiz decidirá o incidente criado. Observe-se que tal incidente não irá provocar suspensão do processo (art. 120, parágrafo único). O NCPC, ao contrário do CPC/1973, não dispõe expressamente sobre produção de provas no incidente, mas isso não significa que o juiz não possa determinar a sua produção, caso seja necessário.[5] O certo é que o incidente não mais será processado em apenso, como ocorria anteriormente. Da decisão que rejeitar a assistência caberá agravo de instrumento (art. 1.015, IX).

19.2.2. A assistência simples

Na assistência simples (também chamada adesiva), o vínculo jurídico que a autoriza é com o próprio assistido. Alguns exemplos tornarão mais clara essa modalidade: (a) demanda entre credor e devedor afiançado, discutindo a existência da dívida: o fiador pode intervir como assistente, uma vez que tem interesse jurídico em que o devedor saia vencedor, pois nesse caso sua obrigação como fiador desaparecerá;[6] (b) ação de despejo que o locador promove em face do locatário: sublocatário pode intervir como assistente porque o seu vínculo com o locatário ficará afetado caso o locador tenha êxito no seu pleito (nesse caso, a própria lei manda intimá-los para, querendo, figurar como assistente – art. 59, § 2º, da Lei 8.245/1991).

Marcus Vinícius Rios Gonçalves apresenta interessante regra prática para identificação de interesse jurídico motivador da assistência simples. A situação teria que preencher três condições. Em primeiro lugar, se aquele que pretende intervir no processo tem uma relação jurídica com uma das partes. Em segundo, se essa relação jurídica é distinta da relação entre autor e réu. Em terceiro, se a relação jurídica desse terceiro que pretende intervir pode ser afetada pelo resultado da demanda. Estando presentes essas três condições, teríamos ensejo para a intervenção a título de assistência.[7]

Identificado, assim, o que motiva a assistência simples, resta analisar de que maneira o assistente pode atuar e quais os reflexos que a sua atuação lhe trará.

Em primeiro, lugar, tenha-se em mente que a relação jurídica que está sendo discutida não lhe pertence. Assim, sua atividade deverá se limitar ao auxílio ao assistido, não podendo, naturalmente, praticar qualquer ato de disposição a respeito do direito desse último. Observada essa premissa, a lei lhe garante ampla oportunidade de atuação. Basta examinar o disposto no art. 121, *caput*, que assevera que o assistente simples "*exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais*[8] *que o assistido*".

Assim sendo, o assistente pode apresentar provas, fazer impugnações, recorrer etc., desde que não contrarie os atos praticados pelo assistido.[9] Prevê ainda a lei que se o assistido for revel, ou de qualquer modo omisso, "*o assistente será considerado seu substituto processual*" (art. 121, parágrafo único). A referência à substituição processual é correta na medida em que a relação jurídica processual em discussão pertine ao assistido, e não ao assistente.[10] A questão que surge a partir dessa disposição é saber em que medida a sua intervenção afasta os efeitos da revelia. Quanto à previsão do art. 346, parece não haver dúvida que sua intervenção será eficaz, pois o andamento do processo passará a depender da intimação do assistente. Mas, e o efeito mais severo da revelia, a presunção de veracidade do art. 344, fica afastado? Parece-nos que se a contestação do assistente for *tempestiva* estará sim afastada a presunção do art. 344.[11] É consequência natural da qualidade de substituto processual que a lei lhe atribuiu.

A lei deixa claro, no entanto, que a sua atividade não pode contrariar o desejo do assistido, nem mesmo quando este último estiver abrindo mão de seu direito. É o que podemos concluir do art. 122, que dispõe que "*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 ação ou transija sobre direitos controvertidos*".

O fato de o assistente intervir no processo lhe traz as consequências jurídicas previstas no art. 123 do CPC, no sentido de que não mais poderá discutir a *justiça da decisão* em processo futuro. O que se deve entender por justiça da decisão? Segundo conhecida lição doutrinária,[12] significa fundamentos da decisão. Assim, não poderá o assistente simples, em processo posterior que venha a ser parte, pretender negar o direito que foi afirmado, ou

o fato tido como provado.[13]

As exceções à regra do art. 123 encontram-se no seu próprio texto (incisos I e II), que desvincula o assistente do fundamento da decisão se ele alegar e provar que não pôde influir decisivamente no resultado seja pelo momento em que assumiu o processo, seja pela própria conduta do assistido.

19.2.3. A assistência litisconsorcial

Na assistência litisconsorcial o vínculo é mais forte. Diz a lei que, nesse caso, o terceiro está autorizado a intervir como assistente porque a sentença haverá de "*influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido*" (art. 124, CPC).

No sentido expresso na lei, teremos a própria relação jurídica do assistente sendo discutida em juízo. Nada mais razoável, portanto, que se lhe permita o ingresso para discutir. O assistente litisconsorcial seria, assim, segundo a doutrina dominante, o próprio titular da relação jurídica discutida (na hipótese de substituição processual) ou cotitular da relação jurídica controvertida.[14] É o que ocorre, por exemplo, na alienação de coisa litigiosa. Segundo o art. 109 do CPC, essa alienação, por si só, não altera a legitimidade das partes. O adquirente só poderá assumir a posição do alienante no processo se o adversário concordar. Caso não concorde, o adquirente poderá intervir na qualidade de assistente litisconsorcial, como expressa o § 2º do mesmo art. 119. A indicação da lei está perfeitamente correta, como se pode concluir levando em conta que a relação jurídica discutida diz respeito ao próprio adquirente, de tal sorte que o alienante terá passado a figurar no processo como substituto processual (pois estará defendendo em nome próprio interesse alheio).

Outras situações de assistência litisconsorcial poderão ser figuradas sempre que uma pessoa, que poderia ter ingressado desde o início, como litisconsorte, por um motivo qualquer não o fez. Essa pessoa poderá, posteriormente, ingressar prestando assistência qualificada ou litisconsorcial. Imaginem vários condôminos cuja propriedade esteja sendo indevidamente ocupada. Podem eles juntos, como litisconsortes, promover a ação reivindicatória. Mas, digamos que um, ou alguns, não o façam. Nada impede que, mais tarde, no decorrer do processo, esse, ou esses, resolvam intervir como assistentes. Serão assistentes litisconsorciais.

De todo modo, como a proximidade do assistente litisconsorcial é maior, costuma a doutrina entender que seus poderes são também maiores, comparando-se ao que ocorre com o assistente simples[15] O NCPC deixa essas diferenças mais claras na medida em que trata, como falamos, o assistente simples e o litisconsorcial em seções separadas. Não seria aplicável, portanto, ao assistente litisconsorcial, a restrição do art. 122. Assim, pode ele, por exemplo, recorrer mesmo se não for essa a vontade do assistido. Pode requerer prova, mesmo que o assistido esteja pretendendo o julgamento antecipado da lide. O que ele não pode, evidentemente, é praticar qualquer ato de disposição ou que contrarie o direito do assistido. O NCPC equipara-o a parte no art. 124 (“considera-se litisconsorte da parte principal o assistente […]”). Observe-se, no entanto, que, embora tratado do ponto de vista processual (poderes, ônus) como se fosse parte ele não é realmente *parte na demanda*, pois nada pede e em face dele não é deduzido nenhum pedido.

Finalmente, as consequências da sentença proferida em processo no qual há assistência litisconsorcial. A sentença faz coisa julgada para o assistente? A questão era controversa na vigência do CPC/1973.[16] Parece-nos que a questão ganhou novo colorido no NCPC, uma vez que o legislador inseriu a regra da vinculação à justiça da decisão (art. 123) na seção dedicada ao assistente simples. Desse modo, ganha força a tese de que ao litisconsorcial serão aplicáveis as regras normais de coisa julgada, na qualidade de parte.[17]

19.3. DENUNCIAÇÃO DA LIDE



19.3.1. Conceito e noções gerais

A denunciação da lide é uma espécie de intervenção de terceiros por meio da qual se acresce uma nova demanda, de caráter regressivo e condicionada ao resultado do mérito da demanda original. A parte que se vale da denunciação é chamada de denunciante e o terceiro que ingressa na relação processual passa a ser denominado de denunciado.

Nesse ponto impende considerar, novamente, a referência à estrutura mínima do processo[18] (um autor, formulando um pedido, com base em um fundamento em face de um réu). É essa estrutura mínima que será ampliada pela introdução de nova demanda, o que é permitido por economia processual e também para evitar decisões contraditórias. Apenas para exemplificar, visto que depois serão detalhadas as hipóteses de cabimento, figuremos a situação em que uma pessoa "A" vende um imóvel para "B". Essa pessoa "B", mais tarde, vem a sofrer ação reivindicatória relativamente àquele imóvel. Se o sistema processual nada previsse a respeito, "B" ficaria na incômoda e onerosa situação de ter que litigar na defesa do bem adquirido e, se vencido, posteriormente, teria que demandar indenização em face do alienante, em outro processo. Sem contar que "B" ainda correria o risco de perder a demanda indenizatória se o alienante viesse a demonstrar que ele era o regular proprietário e a venda foi regular. Com o instituto da denunciação da lide, "B" deve, ao mesmo tempo em que se defende, provocar a presença do alienante no processo, com duas boas vantagens. A primeira é que o alienante o auxiliará na demanda promovida por "A", sendo que este terá, provavelmente, melhores condições de apresentar argumentos em defesa da regularidade da aquisição de "B". Por outro lado, se "A" vier a ser o vencedor, o juiz, na mesma sentença, condenará o alienante a indenizar "B". Dois conflitos resolvidos num processo só, com economia processual e sem o risco de decisões logicamente conflitantes.

Costuma-se dizer que se trata da inserção de uma lide eventual, pois sua apreciação está condicionada à procedência da demanda original (ou improcedência, no caso de denunciação feita pelo autor). Há uma nítida relação de prejudicialidade entre a demanda original e a introduzida pela denunciação. Perdendo o denunciante a demanda original, poderá vir a ser favorecido com uma sentença condenatória, no mesmo processo, contra o denunciado.

Por aí já se vê que a denunciação da lide não é admissível em processo de execução,[19] estando limitada ao processo de conhecimento. Mas, nem todo

processo de conhecimento. Os Embargos do Devedor, por exemplo, embora tenham natureza de conhecimento, não admitem denunciação, pois visam apenas a desconstituir o título executivo ou declarar a sua insubsistência, e não a produzir condenação. Tratando-se de ações de conhecimento que se desenvolvem sob procedimento especial, temos que em alguns casos a denunciação será possível. A jurisprudência formada com base no direito anterior a admitia, por exemplo, na monitória,[20] na ação de anulação e substituição de títulos ao portador[21] e nas possessórias.[22]

19.3.2. Hipóteses de cabimento

Curioso observar que embora a denunciação da lide, nos moldes em que está estruturada em nosso direito processual, tenha maior amplitude, servindo para os casos de ação regressiva, de uma maneira geral, a sua gênese está na figura da evicção. Realmente, nas suas raízes romanas, como informa Cândido Dinamarco, já havia esta estreita ligação.[23] Até mais recentemente, inclusive, no Código de Processo Civil de 1939, verifica-se a denunciação da lide (então, sob o nome de chamamento à autoria) servindo unicamente ao instituto da evicção.

Hoje, conforme consta do art. 125, denuncia-se a lide não apenas na hipótese de evicção (inciso I), mas, também, em qualquer caso de ação regressiva (inciso II). No CPC de 1973 havia, ainda, a hipótese de denunciação em caso de demanda feita pelo possuidor direto, a fim de que este desde logo tivesse reconhecidos seus direitos frente ao possuidor indireto, mas que não foi repetida no direito atual. Entendemos, porém, que não houve redução das hipóteses, visto que tal situação se encaixa perfeitamente na previsão geral de ação regressiva (art. 125, II).[24]

Analisemos brevemente as hipóteses, começando pela denunciação para exercício dos direitos resultantes da evicção (art. 125, I, CPC). Lembre-se que a evicção é a perda da coisa por vício de titulação. A evicção e suas consequências estão previstas no Código Civil, arts. 447 a 457. Se alguém adquire a coisa de outrem e posteriormente vem a saber que este não era seu titular, perdendo o bem para o verdadeiro proprietário, terá direito a indenização, que compreende a restituição integral do preço, mais indenização dos frutos que teve de restituir, mais despesas dos contratos e prejuízos diretamente causados por essa perda da coisa e as custas judiciais e

honorários de advogado (art. 450, Código Civil).

A hipótese do inciso II é mais genérica e comporta várias situações: a feita para exercício de direito de regresso (“aquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda” – art. 125, II, CPC). O caso típico é o do indivíduo que sofre ação de indenização por acidente de trânsito. Se ele tiver seguro relativo a esse tipo de evento, irá denunciar a lide à seguradora para que esta o ressarça caso venha a ser derrotado na demanda. Outro exemplo é o do condomínio que promove ação em face da construtora por vícios da construção, pois o prédio construído vem apresentando sinais de infiltração. A construtora, se for o caso, poderá denunciar a lide à empresa que ficou encarregada de fazer a impermeabilização.

Em ambos os casos, a estrutura da denunciação é a mesma. Na verdade, estruturalmente falando, diferença há apenas entre a denunciação da lide feita pelo autor e a feita pelo réu, como se verá mais adiante.

19.3.3. Não obrigatoriedade

A forma com que estava redigido o dispositivo pertinente no código anterior dava a entender que a denunciação era obrigatória. A doutrina e a jurisprudência foram, aos poucos, se direcionando pela não obrigatoriedade, restando, nos últimos tempos, apenas alguma dúvida com relação à hipótese da evicção. O NCPC, corretamente, não deixa dúvidas que a denunciação da lide, em qualquer das hipóteses, é facultativa. Isso pode se depreender tanto do caput do art. 125, que fala que a denunciação é “admissível”, nas hipóteses ali discriminadas, quanto do § 1º do mesmo dispositivo legal, que prevê a possibilidade da propositura de ação autônoma para exercício do direito de regresso. Para completar, o NCPC revogou o art. 456 do Código Civil, que estabelecia a exigência de notificação do alienante em caso de evicção.

Na realidade, a questão da denunciação da lide diz respeito à conveniência do julgamento conjunto. Nada impede que se pleiteiem os eventuais direitos regressivos em outro processo. Entretanto, poderá a parte, por não ter se valido do mesmo processo para discutir o seu direito, vir a ser surpreendida com uma decisão igualmente desfavorável. Ou seja, nada garante que o entendimento de um juízo a respeito dos fatos que ensejaram a

procedência (ou improcedência) da primeira demanda irá se repetir no outro juízo. É o chamado risco da dupla sucumbência. Como explica Vicente Greco Filho,[25] a denunciação da lide além de justificar-se pela economia processual, é "[…] *exigência de justiça, porque evita sentenças contraditórias (p. ex., poderia ser procedente a primeira e improcedente a de regresso por motivo que, se levado à primeira, também a levaria à improcedência)*".

Finalmente, observe-se que há casos em que o legislador estabelece vedações específicas ao cabimento da denunciação da lide, como no Código de Defesa do Consumidor (art. 88) e na Lei do Juizado Especial Cível (art. 10, Lei 9.099/1995). Nesses caos, a maior demora na resolução do processo, segundo entendeu o legislador, causaria mais danos que os benefícios em se julgar dois conflitos em um processo só. Evidentemente, nos casos em que a denunciação da lide é vedada nada impede que a parte promova demanda regressiva autônoma (art. 125, § 1º).

19.3.4. Procedimento

O procedimento da denunciação da lide é um pouco diferente se ela for feita pelo autor ou pelo réu. Vejamos, primeiro, como ela se opera quando utilizada pelo réu, o que ocorre com maior frequência.

Deve ser feita na contestação, conforme art. 126. A denunciação pode ser feita na própria contestação, como um de seus tópicos. O NCPC não mais se refere a que deveria ser feita "no prazo para contestar", e sim se refere à denunciação na contestação, reportando-se ainda à forma do art. 131 (que também é na própria contestação). Fica excluída, portanto, a possibilidade de se fazer denunciação em peça apartada.

Oferecida a denunciação, se o juiz não a rejeitar de plano, caberá ao denunciante promover a citação, no prazo de 30 dias (ou dois meses, se residir em outra comarca ou em lugar incerto), conforme art. 126 c/c art. 131. Se o prazo não for observado – por culpa do denunciante – a denunciação será reputada ineficaz.[26]

Citado, abrem-se algumas alternativas ao denunciado. **Primeira**: ele poderá aceitar a denunciação e contestar o pedido, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 128, I, c/c art. 335). Nesse caso, ele se posicionaria ao lado do denunciante *em relação à demanda original*. **Segunda**: o denunciado deixa de contestar (sendo, portanto, revel). Nesse caso, o NCPC, inovando em

relação ao direito anterior, prevê a possibilidade de o denunciante deixar de se opor à demanda original e restringir a sua atuação à demanda regressiva em face do denunciado (art. 128, II). **Terceira**: o denunciado comparece e confessa os fatos narrados na demanda original. Nesse caso, o denunciante pode optar por prosseguir na sua defesa (não sendo afetado pela confissão) ou aderir ao reconhecimento e limitar-se a pedir a procedência da demanda regressiva (art. 128, III).

Com relação à denunciação feita pelo autor, observamos, primeiro, que ela é pouco usual. Nesse caso, pode-se dizer que a denunciação nem é bem uma intervenção de terceiros, pois antes de se completar a relação processual, o denunciado ingressa no processo. Com efeito, o art. 126 do CPC determina que, nesse caso, "*a citação do denunciado será requerida na petição inicial*", sendo que o art. 127 do CPC complementa permitindo que o denunciado, comparecendo, acrescente novos argumentos à inicial para, depois, proceder-se à citação do réu. Poderíamos dizer que na denunciação feita pelo autor há uma verdadeira cumulação eventual de demandas, envolvendo réus diversos. Como exemplo de denunciação feita pelo autor podemos figurar uma demanda reivindicatória proposta pelo adquirente que, ao pretender se imitir na posse do imóvel, percebe que está ocupado por outrem. Ao mesmo tempo em que pretende haver o imóvel, através da reivindicatória, pode incluir a demanda eventual regressiva em face de quem lhe alienou, para o caso de a reivindicatória vir a ser julgada improcedente.

Com relação à demanda principal, pode o denunciado acrescentar novos argumentos à petição inicial, conforme explicita o art. 127 do CPC. O denunciado terá todo o interesse em fazê-lo, uma vez que se a demanda principal vier a ser julgada procedente a denunciação ficará prejudicada. Como expressa o parágrafo único do art. 129, "*se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado* […]". Se, por outro lado, a demanda principal for julgada improcedente, a sentença decidirá também sobre a denunciação (art. 129, *caput*).

19.3.5. Questões polêmicas, resolvidas ou não pelo novo CPC

O assunto denunciação suscita uma série de debates. Alguns deles acabaram tendo um novo enfoque a partir das mudanças operadas pelo

NCPC. Entretanto, nem todas as polêmicas foram resolvidas. Vejamos, agora, alguns desses pontos.

19.3.5.1. Posição do denunciado em relação à demanda original

Uma das maiores polêmicas diz respeito à posição do denunciado em relação à demanda original. O NCPC refere-se a litisconsórcio: (a) feito pelo autor, "*poderá assumir a posição de litisconsorte*" – art. 127; (b) feito pelo réu, se o denunciado contestar "*o processo prosseguirá* […] *em litisconsórcio*" – art. 128, I. A ideia de que há litisconsórcio, à luz do direito anterior, contava com o beneplácito de vários doutrinadores.[27] Cândido Dinamarco, porém, entendia não se tratar de litisconsórcio, pois o denunciado não era réu na demanda original.[28] Réu, na demanda original, o denunciado não pode ser, uma vez que nada lhe foi demandado. Assim, a posição do litisdenunciado seria a de assistente. Ainda em doutrina formada à luz do direito anterior, temos que, para Sidney Sanches,[29] Alexandre Freitas Câmara[30] e Marcelo Abelha Rodrigues,[31] seria assistente simples, enquanto que para Dinamarco[32] e José Roberto Bedaque[33] seria assistente litisconsorcial. Para estes dois últimos autores, embora o direito ali discutido na demanda original não lhe pertença, sua proximidade é grande o bastante para o legislador resolver dar efeitos similares aos do litisconsorte.

À luz do direito vigente, Alexandre Freitas Câmara[34] reitera a sua posição de que se trata de assistente simples. Humberto Theodoro Jr.,[35] seguindo a dicção da lei, fala em litisconsórcio, entendimento este que também é adotado por Luiz Dellore[36] e Sandro Gilbert Martins.[37] Cassio Scarpinella Bueno,[38] mudando seu posicionamento anterior a partir de novas reflexões, atualmente também defende haver verdadeiro litisconsórcio.

Essa discussão, quanto à posição do denunciado em relação à demanda principal, tinha repercussão prática importante no caso de denunciação feita pelo réu. O entendimento que negava ao denunciado a qualidade de litisconsorte deveria, coerentemente, corresponder à não admissão de que o denunciado fosse condenado diretamente perante o autor da demanda original. Em outras palavras, se o denunciado não fosse considerado réu com relação à demanda original, não poderia ser condenado no que diz respeito à decisão desta demanda (apenas no que tange à demanda ulterior, introduzida

pela denunciação). Já no direito anterior, porém, havia julgados admitindo a condenação direta do litisdenunciado, por razões ligadas à instrumentalidade do processo[39], [40]

A questão do ponto de vista prático recebe, porém, solução no NCPC. De fato, o parágrafo único do art. 128, tratando da denunciação feita pelo réu, determina claramente que se for procedente a demanda original o autor pode "*requerer o cumprimento de sentença também contra o denunciado* […]".

Desse modo, ao que nos parece, embora a controvérsia possa remanescer, do ponto de vista prático não deverá ter maiores reflexos.

19.3.5.2. Denunciação da lide e introdução de fundamento novo

Outra questão polêmica diz respeito à possibilidade de se introduzir fundamento novo na litisdenunciação. Essa questão costuma ser debatida, por exemplo, no caso de o Estado, sofrendo demanda indenizatória com base em responsabilidade objetiva, pretender denunciar a lide a seu funcionário, que, culposamente, praticou o ato lesivo. Advogando a impossibilidade, temos, entre outros, Vicente Greco Filho. Para ele a denunciação nesse caso estaria incluindo fundamento novo, o que não seria admissível, entre outros motivos, pelo atraso na satisfação do direito do autor.[41] Cândido Dinamarco, ao contrário, sustenta que não existe restrição legal à inclusão de fundamento novo e que, ademais, o resultado final é benéfico para o sistema, resolvendo dois conflitos em um processo só, não podendo o processo ser encarado apenas em benefício do autor.[42]

Nesse campo, porém, não houve qualquer posicionamento do NCPC, o que coloca a questão nos mesmos termos do direito anterior.

19.3.5.3. Denunciação sucessiva? Denunciação per saltum*?*

Interessante observar, também, que o Novo Código de Processo Civil admitiu, com limites, a chamada denunciação sucessiva, permitindo que o denunciado também denuncie a lide ao seu responsável regressivamente.

Suponha que uma construtora “A” seja demandada por vício de construção. Podemos imaginar que essa construtora tenha subcontratado outra empresa “B” para realizar determinados trabalhos e assim denuncie a lide porque os danos tenham relação com o trabalho a cargo dessa subcontratada. Imagine-se que o vício de construção seja derivado de infiltração, e essa subcontratada entenda que o problema pode ter sido causado por deficiência na impermeabilização, cujo serviço ficou a cargo de uma empresa “C”, por ela contratada. Assim, “A” denuncia a lide a “B”, que denuncia a lide a “C”. O problema da denunciação sucessiva é que pode acarretar uma demora muito grande para a finalização do processo. O CPC de 1973 admitia a denunciação sucessiva, mas não estabelecia limites expressos. Entretanto, havia julgados permitindo que o juiz indeferisse denunciações sucessivas se pudesse comprometer de forma muito severa o andamento do processo. O NCPC, diante desse problema, optou por admitir a denunciação sucessiva, mas estabelecendo o limite de apenas uma (art. 125, § 2º).

Definida pela lei a questão da denunciação sucessiva, resta abordar uma questão correlata que é chamada de denunciação *per saltum*. Para entender o que seria essa denunciação *per saltum*, imagine-se a seguinte situação: uma pessoa “A” vem a sofrer demanda reivindicatória e, em função disso, denuncia a lide a “B”, de quem havia comprado o bem. Se “B”, por sua vez, já tiver adquirido com o vício, pode denunciar a lide a “C”, de quem adquirira. Essa seria uma denunciação sucessiva. Suponha, porém, que “A”, sabendo que “B” não tem recursos financeiros, queira denunciar a lide diretamente a “C” (“pulando”, portanto, “B”). Esse salto na denunciação não era previsto no CPC de 1973, mas era admitido pelo art. 456 do Código Civil, especificamente para o caso de evicção. O NCPC, porém, revogou o art. 456 e deixou claro que a denunciação *per saltum* não seria admitida, ao dispor que a denunciação deve ser feita “*contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo”* (art. 125, § 2º). O mesmo dispositivo legal, a nosso ver, também torna impossível a chamada “denunciação coletiva”, que parte da doutrina[43] admitia na vigência do CPC de 1973.[44]

19.4. CHAMAMENTO AO PROCESSO

19.4.1. Conceito

Entende-se por chamamento ao processo a modalidade de intervenção de terceiros na qual o réu chama outrem para compor o polo passivo, juntamente com ele. É um meio, portanto, de provocar a formação de litisconsórcio ulterior. Chama-se quem é obrigado tanto quanto o réu originário ou mais. Imagine-se que o réu "B" era sujeito passivo de uma determinada obrigação, juntamente com "C", "D" e "E", em caráter solidário. O autor "A", porém, resolve promover a demanda apenas em face de "B" (art. 275, CC). O instituto do chamamento ao processo permite a "B" provocar a integração de "C", "D" e "E" no polo passivo da demanda, juntamente com ele.

É curioso observar que se, de um lado, o direito material garante que se pode exigir de apenas um dos devedores solidários a totalidade da dívida, o direito processual, com tal instituto, pode acabar forçando o autor a litigar contra todos eles.

O chamamento ao processo tem, assim como outras modalidades de intervenção de terceiros, forte ligação com a economia processual. De fato, sem o instituto do chamamento, poderia, no exemplo acima, "B" ser demandado e pagar a totalidade da dívida. Poderia, depois, cobrar a parte pertinente a "C", "D" e "E". Mas, para assim proceder, precisaria promover uma ação de conhecimento visando a obter a condenação de "C", "D" e "E". Só então poderia tomar as medidas executivas em face dessas pessoas. Com o chamamento, como poderemos observar, essas pessoas já teriam se tornado parte no processo e estariam sujeitas aos seus efeitos, e a sentença as abrangeria.

Pelos próprios objetivos visados, percebe-se que o chamamento ao processo só é cabível em processo de conhecimento de natureza condenatória.

19.4.2. Hipóteses de chamamento

O art. 130 do CPC discrimina as hipóteses em que é cabível o chamamento ao processo. Trata-se de modalidade facultativa. O réu, nos casos ali compendiados, pode pedir a integração de outrem ao processo, no polo passivo, porque isso lhe facilitaria o exercício de eventuais direitos

contra o(s) outro(s) obrigado(s). Novamente, é a relação de direito material que determina seu cabimento.

Vejamos as situações previstas no mencionado artigo:

> a) O inciso I permite ao fiador chamar o afiançado. Fiador é aquele que se obriga a pagar a dívida de outrem, caso ele não pague (art. 818, CC). A fiança, em princípio, tem caráter subsidiário, admitindo que o fiador invoque o chamado benefício de ordem, *i.e*., ele pode exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor (art. 827, CC). O benefício de ordem, porém, é renunciável e a prática negocial revela que normalmente o fiador, a pedido do credor, efetua essa renúncia, tornando-se devedor solidário (art. 828, CC). Note-se que é o fiador quem pode chamar o devedor e não o contrário. Isso porque se o fiador tiver que pagar algum valor terá direito de obter o ressarcimento do devedor principal, mas este, evidentemente, nada poderá cobrar do fiador se vier a pagar a dívida.
>
> b) O inciso II prevê o chamamento dos demais fiadores, quando o credor tiver proposto a ação apenas em face de um ou alguns deles. Havendo pluralidade de fiadores, salvo convenção em contrário, ocorre solidariedade entre eles (art. 829, CC). Assim, o credor pode resolver cobrar toda a dívida de apenas um deles. Se tal vier a ocorrer, o fiador-réu pode utilizar-se desse instituto para que os demais integrem o polo passivo. Caso venha a pagar a dívida, a condenação de todos lhe facilitará o exercício do direito previsto no art. 831 do Código Civil, de exigir dos demais o pagamento da respectiva quota.
>
> c) Finalmente o inciso III, que figura a situação em que há vários devedores solidários e a ação é proposta em face de um ou alguns deles. A solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes (art. 265, CC) e significa que, em relação a uma mesma obrigação, mais de uma pessoa é credora ou obrigada pela dívida toda (art. 264, CC). No caso, trata-se de solidariedade passiva, em que há mais de um obrigado pela dívida toda. O devedor que venha a satisfazer a dívida por

inteiro poderá exigir dos demais a quota de cada um (art. 283, CC).

Em todos esses casos nota-se que se trata de uma mesma dívida: as pessoas envolvidas – chamador e chamado(s) – são todas coobrigadas.[45] Todos os que ocupam, ou passarão a ocupar, o polo passivo da demanda têm relação obrigacional com o autor.

19.4.3. Procedimento

Como se pode constatar a partir da apresentação do conceito e das hipóteses de cabimento, o instituto apresenta alguma semelhança com a figura da denunciação da lide, embora com ela não se confunda. É semelhante na medida em que o coobrigado que paga a totalidade da dívida pode voltar-se *regressivamente* contra os demais. Direito de regresso, genericamente falando, é o que dá ensejo à denunciação da lide, conforme já estudamos. Mas, não podemos nos iludir. No caso do chamamento, os demais coobrigados têm vínculo jurídico com o autor da demanda e já poderiam estar no polo passivo desde o início. No caso da denunciação da lide, o vínculo que enseja o direito de regresso é entre o denunciante e o denunciado. Não obstante a diferença apontada, a similitude é inegável. Isso se reflete no procedimento, que é similar ao previsto na denunciação da lide.

O chamamento ao processo deve ser requerido na contestação (art. 131), e quem exercita o chamamento deve providenciar a citação em 30 dias (ou dois meses, se o chamado residir fora da comarca ou em lugar incerto – parágrafo único do art. 131). Segundo o mesmo art. 131, os chamados assumirão a posição de litisconsortes. O novo código também não prevê suspensão do processo para esse incidente.

Finalmente, a situação peculiar da sentença no processo em que ocorre o chamamento. Em caso de procedência, serão condenados todos os coobrigados, que estarão figurando como litisconsortes passivos. Nesse ponto, nenhuma novidade em relação ao que ocorre normalmente. Essa mesma sentença formará, porém, título executivo em favor do que vier a satisfazer a dívida, conforme art. 132 do CPC. As possibilidades aqui são ditadas pelo direito material, mas é o instituto do chamamento que viabiliza a imediata exigência pela via executiva. Vejamos. O fiador paga e a sentença já

lhe habilita a exigir por inteiro, através de execução (*rectius*, cumprimento de sentença) do devedor principal. Ou o codevedor paga toda a dívida e exige de cada um dos devedores solidários a parte que lhe compete, amparado justamente naquela sentença (título executivo judicial a seu favor). É exatamente por isso que falamos que o instituto é útil e conveniente em termos de economia processual, pois evita a formação de novo processo de conhecimento para que os direitos do que pagou integralmente possam ser exigidos. Note-se, porém, que esse título executivo não é formado em favor de quem chamou, mas sim de quem satisfez a dívida. Assim, pode perfeitamente ocorrer de um dos devedores solidários, chamado, satisfazer a dívida. Nesse caso, ele tem o direito de exigir dos demais, cada um a sua quota, incluindo aquele que procedeu ao chamamento.

19.4.4. Situações especiais

Ainda em tema de chamamento ao processo, torna-se necessário examinar algumas outras hipóteses, não tratadas na lei processual, mas que foram trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002.

Por primeiro, devemos observar o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 101, II. Nele está previsto que no caso de ação de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, se ele estiver garantido por contrato de seguro de responsabilidade, poderá pedir a intervenção da seguradora no processo. Só que, ao contrário do que seria o comum em situações como essa, de seguro, o fornecedor-réu não irá denunciar a lide à seguradora, para exercício de direito de regresso (art. 125, II, CPC), mas sim *chamá-la ao processo*, com todas as consequências da aplicação desse instituto. A intenção do legislador é clara. Aumenta-se o número de responsáveis diretos, facilitando o recebimento da indenização por parte do consumidor. Houve, assim, por força de tal dispositivo, uma ampliação das hipóteses de chamamento ao processo, conforme explica Kazuo Watanabe.[46] Na vigência do CPC de 1973 isso representava uma diferença bastante relevante, mas, à luz do disposto no art. 128, parágrafo único, do NCPC, já abordado anteriormente, conduz, a nosso ver, ao mesmo resultado prático.

Para Humberto Theodoro Jr.,[47] a nova redação do art. 787 do Código Civil autorizaria a concluir que esse mesmo mecanismo seria aplicável a

todos os casos de seguro de responsabilidade civil, e não apenas em caso de relações de consumo, pois determina que a seguradora assume a *garantia* pelo pagamento. De todo modo, do ponto de vista prático, parece-nos que a adoção dessa tese não trará maiores repercussões práticas tendo em vista o disposto no art. 128, parágrafo único, do NCPC.

Outra situação não prevista no CPC, mas já bem mais polêmica, refere-se ao disposto no art. 1.698 do Código Civil. Nele se prevê que se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não tiver condições de suportar o encargo na sua totalidade, serão chamados os de grau imediato, para que cada um colabore na proporção de seus recursos. Se a ação tiver sido proposta em face de apenas uma delas, "*poderão as demais ser chamadas a integrar a lide*".

O legislador não é muito explícito em relação ao mecanismo a ser utilizado para se efetivar tal integração. Da mesma forma, não esclarece quem teria legitimidade para pleitear essa integração. Cabe, pois, examinar, dentre as modalidades de intervenção de terceiros existentes, qual delas poderia instrumentalizar a figura prevista no Código Civil.

Dentre as figuras existentes, as únicas que talvez pudessem servir a tal papel seriam a denunciação da lide e o chamamento ao processo. Parece-nos que devemos excluir de plano a denunciação da lide, pois não há no caso qualquer direito de regresso. Já o chamamento ao processo tem mais pertinência, pois a pessoa a ser chamada a integrar o processo possui vínculo com o autor, tanto que poderia já ter figurado no polo passivo desde logo.

Fredie Didier Jr.,[48] porém, defende tratar-se de modalidade nova de intervenção. Nesse sentido, aponta uma série de pontos em que a figura do Código Civil não se encaixaria com precisão no chamamento ao processo, tal qual expresso no Código de Processo Civil. Entre eles destaca-se: a situação prevista no art. 1.698 visa a beneficiar o credor, ao contrário do que ocorre no chamamento, que é instituto que favorece o réu; a obrigação alimentar de cada um deles é autônoma, de modo que cada devedor de alimentos paga a parte que lhe cabe, sendo que no chamamento regulado no Código de Processo Civil, o réu, ao pedir a integração do outro coobrigado vislumbra a hipótese de vir a obter ressarcimento do devedor principal ou pelo menos da quota-parte do devedor solidário. Entende, portanto, que seria uma forma de intervenção litisconsorcial ulterior, por pedido do autor.

As observações do processualista são, sem dúvida alguma, pertinentes.

Porém, mesmo reconhecendo as diferenças entre a figura do Código Civil e a modalidade, vamos dizer, “tradicional” do chamamento ao processo, Cassio Scarpinella Bueno[49] entende ser essa a figura processual mais adequada para resolver a situação de direito material. Para ele, uma intervenção litisconsorcial ulterior deveria respeitar os limites derivados das regras de estabilização da demanda, impedindo a sua ocorrência após a citação, o que se traduziria em menor efetividade para o exercício dos direitos do autor alimentando.

A questão é delicada e cremos que mereceria tratamento legislativo mais detalhado. Na falta desse detalhamento, porém, estamos mais inclinados a admitir o uso, ainda que anômalo, do chamamento ao processo. O ideal seria, realmente, uma nova lei processual para tratar adequadamente do tema. O NCPC perdeu uma boa oportunidade para tratar da matéria. Registre-se, finalmente, que o STJ já se manifestou pela utilização do chamamento ao processo em hipóteses como essa.[50]

19.5. O AMICUS CURIAE



19.5.1. Natureza, função e previsão no ordenamento jurídico

Devemos considerar, também, nesse capítulo sobre intervenção de terceiros, uma figura, oriunda do direito anglo-saxão, incorporada ao nosso ordenamento jurídico em época relativamente recente. Trata-se de *amicus curiae*, expressão que pode ser traduzida como amigo da corte.

Em primeiro lugar, é de se notar que, justamente por não ter raízes na tradição do nosso direito, a sua natureza jurídica é controvertida. Como sintetiza Walber de Moura Agra,[51] há quem entenda se tratar de forma especial de intervenção de terceiros, outros como algo distinto de qualquer espécie de intervenção, havendo até quem o considere um curador especial. Essa última ideia parece que deve ser rejeitada, visto que o curador atua em proteção de uma determinada parte, enquanto o *amicus curiae* não tem essa vinculação.

O novo código posicionou-se a respeito incluindo a figura do *amicus curiae* dentro do capítulo da intervenção de terceiros. É aqui, portanto, que vamos tratar dessa figura.

O *amicus curiae* auxilia o juízo, veiculando posicionamentos de determinados setores da sociedade ou fornecendo subsídios técnicos, favorecendo, assim, o aprimoramento da prestação jurisdicional. Como aponta Cassio Scarpinella Bueno,[52] o *amicus* é verdadeiro agente do contraditório (tomado o termo na acepção de colaboração na prestação jurisdicional), enriquecendo o debate judicial a respeito de determinadas questões jurídicas. A título de exemplo, lembre-se, aqui, a intervenção do Instituto Brasileiro de Direito Processual na ação direta de inconstitucionalidade do art. 285-A, do CPC/1973, ou do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na discussão da Lei Maria da Penha (veja-se decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, datada de 06.10.2008, na ADC 19, admitindo essa intervenção).

Nosso ordenamento jurídico, antes do advento do NCPC, já contava com algumas situações em que a atuação de um terceiro, como *amicus curiae*, era possível, embora a menção específica a tal expressão fosse feita apenas na Resolução 390/2004 do Conselho da Justiça Federal.[53]

Fredie Didier Jr.[54] indicava como hipóteses de atuação do *amicus curiae* a da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 31 da Lei 6.385/1976) em matéria de sua competência, a do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 89 da Lei 8.884/1994), em processos relativos à concorrência, ou de pessoas não determinadas, no caso do incidente de decretação de inconstitucionalidade no âmbito do tribunal (art. 482, CPC), no julgamento de Recurso Extraordinário interposto de decisão oriunda de Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, III, do Regimento Interno do STF), no incidente de Repercussão Geral do Recurso Extraordinário (art. 543-A, §

6º, CPC) e no procedimento de edição de enunciado de súmula vinculante (art. 3º da Lei 11.417/2006). Como se vê, nos dois primeiros casos, a presença do *amicus curiae* tem em vista a necessidade de especiais esclarecimentos técnicos, enquanto nos demais ele aparece mais como uma exigência de pluralismo.

A hipótese que merecia maior destaque, porém, era a sua presença nas ações de controle abstrato de constitucionalidade. Realmente, nos processos oriundos de ação em que se discute em abstrato a (in)constitucionalidade das normas, considerando a especial necessidade de dar voz aos diversos setores da sociedade, bem como as particularidades decorrentes de se tratar de processos de caráter objetivo, parece que a atuação do *amicus curiae* apresenta-se como sendo da maior importância. Sim, porque nesse tipo de processo, justamente por não se identificar propriamente uma parte passiva, o efetivo contraditório (expressão de pluralismo e democracia) pode depender muito dessa figura. Como os ministros do Supremo Tribunal Federal repetidamente têm destacado, "'*a admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicus curiae – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.' (ADI 2.130-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ 2-2-2001). Vê-se, portanto, que a admissão de terceiros na qualidade de amicus curiae traz ínsita a necessidade de que o interessado pluralize o debate constitucional, apresentando informações, documentos ou quaisquer elementos importantes para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade*".[55]

A possibilidade de participação do *amicus curiae* foi, entretanto, extraordinariamente ampliada no NCPC. Assim é que passou a ser admissível em qualquer processo, considerando a "*relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da*

controvérsia" (art. 138, *caput*).[56] Num sistema processual que privilegia o contraditório e a cooperação, além de estabelecer mecanismos especiais de fixação de tese, aplicáveis a casos idênticos, a figura do *amicus curiae* teria, naturalmente, que assumir grande relevo. Parece-nos notadamente importante no incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência e recurso especial e extraordinário repetitivos.

19.5.2. Forma de atuação

A sua atuação poderá ser voluntária ou provocada, tendo em vista que o art. 138 prevê que a sua intervenção poderá derivar do "*requerimento de quem pretenda se manifestar"*, ou de requerimento das partes ou mesmo de determinação de ofício do juiz. Em qualquer desses casos, porém, a decisão do juiz determinando que o *amicus* se manifeste é irrecorrível. A admissibilidade ou não da intervenção do *amicus curiae* tem forte ligação com a questão da **representatividade adequada** da entidade cuja intervenção se pretende, conforme exige o § 2º do art. 138. Essa exigência, na verdade, não é novidade. Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade já se teve oportunidade de observar, nas diversas decisões monocráticas sobre a admissibilidade ou não da intervenção, a referência à representatividade da entidade. De fato, a intervenção não poderia ser admitida para qualquer pessoa, sob pena de inviabilizarmos o andamento desse tipo de processo. Como bem observa Eduardo Talamini, o amicus tem de ter "potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente".[57] É assim que, por exemplo, já se reconheceu representatividade adequada para atuar na discussão sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, tanto do Conselho Federal da OAB pelo seu papel de defesa da sociedade,[58] como de outras duas entidades de defesa da mulher.[59] Em outra oportunidade, negou-se à Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* no processo em que se discutia a constitucionalidade de determinado normativo estadual, sob o argumento de que a relevante missão de defesa institucional foi atribuída ao próprio Ministério Público, e não àquela associação de classe.[60]

De todo modo, só mesmo em cada caso concreto que se pode avaliar se determinada entidade tem ou não representatividade adequada.

Evidentemente, num sistema em que se ampliou bastante a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, o cuidado com a representação adequada deve ser ainda maior, sob pena de se frustrar os próprios objetivos do instituto.

A intervenção do *amicus curiae* é feita para incrementar o contraditório, mas não cabe a ele a interposição de recursos das decisões, ressalvados os embargos declaratórios (art. 138, § 1º), e o caso específico de sua intervenção no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §§ 1º e 3º). Também é certo que sua atuação não implicará mudanças em termos de competência.

Diz, ainda, o NCPC, que os poderes do *amicus curiae* serão definidos pelo juiz na decisão que admitir a sua intervenção (art. 138, § 2º). Esclarece Eduardo Talamini que há um núcleo mínimo de poderes do *amicus*, como o de se manifestar em quinze dias, por escrito, opor embargos declaratórios, realizar embargos de declaração e recorrer no caso dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.[61]

Outra discussão pertinente nessa matéria diz respeito ao momento de intervenção do *amicus curiae*. O NCPC foi omisso a respeito. Considerando que a Lei que regula o controle abstrato de constitucionalidade também não prevê um prazo para intervenção, podemos entender que as discussões que se operaram anteriormente no específico contexto daquele tipo de ações podem servir de luz ao caso. Qual seria o momento em que seria admissível a participação? Já há algum tempo se pôde decidir que não havia prazo determinado na lei para a admissão, tendo em vista o mencionado veto, mas o *amicus curiae* receberia o processo no estado em que ele se encontrasse.[62] Esse entendimento, mantido em outros julgados, recebeu como reforço o emprego da analogia relativa à figura do assistente.[63] A inexistência de prazo não significa, porém, que a intervenção será admitida a qualquer tempo. Realmente, já se rejeitou a intervenção por ela se revelar inútil, pois o relator já tinha enviado os autos para a mesa do julgamento.[64]

19.6. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA



O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tratado pelos arts. 133 a 137 do NCPC é uma figura de intervenção de terceiros criada para concretizar a incidência do princípio do contraditório (CF, art. 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da efetividade (CF, art. 5º, LXXVIII) na aplicação da teoria da *disregard doctrine*.

Dentre os vários dispositivos que consagram a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro, vale a pena mencionar, a título meramente ilustrativo, o art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Como é possível perceber, este dispositivo autoriza que os efeitos de determinadas obrigações da pessoa jurídica sejam estendidos aos seus integrantes, desde que preenchidos determinados requisitos: abuso de personalidade ou confusão patrimonial e requerimento da parte ou do Ministério Público.

Para fazer atuar a vontade concreta da lei e aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, várias questões processuais devem ser respondidas, tais como: (a) deve haver citação do sócio ou do administrador ou simples intimação?; (b) pode ser requerida no curso do processo ou é preciso ação autônoma para desconsiderar?; (c) admite-se ampla defesa do sócio ou somente podem ser apresentadas provas documentais?; (d) suspende-se o processo ou não?

Por anos a fio a jurisprudência e a doutrina procuraram dar respostas a

tais perguntas que se harmonizassem com os princípios do devido processo legal, da efetividade e do contraditório, tal como agora o faz o NCPC.

O art. 133 do NCPC estabelece que não pode haver desconsideração da personalidade jurídica de ofício, cabendo à parte ou ao Ministério Público quando lhe couber intervir no processo formular um pedido nesse sentido. Tal pedido deve observar os pressupostos previstos em lei, que podem ser aqueles do art. 50 do CC acima mencionado ou tantos outros previstos em outros diplomas legais como os do CDC, os da Lei Ambiental, os da Lei Antitruste, os da Lei Anticorrupção etc.

Cumpre observar que o § 2º do art. 133 do NCPC permite a desconsideração em sentido inverso ou seja, que os efeitos de determinadas obrigações do sócio ou administrador da pessoa jurídica sejam estendidos à pessoa jurídica.

O art. 134 do NCPC, por seu turno, permite que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, sendo obrigatória a sua comunicação ao distribuidor para as anotações devidas, além da suspensão do processo principal.

Caso a desconsideração da personalidade jurídica seja pedida no início do processo de conhecimento, deve ser dispensada a instauração do incidente, nos termos do § 2º do art. 134. Cumpre ressaltar que esse dispositivo constante do § 2º se aplica exclusivamente ao processo de conhecimento, em que se admite a apresentação de defesa pelo sócio ou administrador, com direito à produção das provas que entenderem necessárias. Tal dispositivo não permite a inclusão do sócio ou administrador no polo passivo do processo de execução sem prévio contraditório. Como se sabe, na execução o executado é citado para “pagar a dívida no prazo de 3 dias, contado da citação” (NCPC, art. 829, caput), e não para “manifestar-se e requerer as provas cabíveis, no prazo de 15 dias” (NCPC, art. 135). Admitir que o sócio ou administrador da pessoa jurídica sejam incluídos, sem prévio contraditório, no polo passivo da execução seria suprimir-lhes o direito de se defenderem assegurado não apenas no art. 135 do NCPC, mas também no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, além dos arts. 7º, 9º e 10 do NCPC. E os efeitos práticos das afirmações feitas nas linhas anteriores são consideráveis. Por exemplo, se o sócio ou administrador for incluído no polo

passivo da execução sem prévio contraditório, dispensando-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, isso significará que o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz para fins de averbação no registro de seus bens (NCPC, art. 828), sem o "devido processo legal" consagrado pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Ou seja, o § 2º do art. 134 do NCPC não autoriza a inclusão do sócio ou administrador no polo passivo do processo de execução sem o prévio contraditório, mas apenas no processo de conhecimento, em que é assegurada a possibilidade do exercício de ampla defesa e contraditório, tal como estabelecido no art. 135 do NCPC e do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Também é permitida a instauração do incidente em questão no processo de competência dos Juizados Especiais (NCPC, art. 1.062). Assim, afasta-se, pelo menos no que diz respeito a essa nova figura de intervenção de terceiros insculpida nos arts. 133 a 137 do NCPC, o comando do art. 10 da Lei 9.099/1995, que não admitia qualquer forma de intervenção de terceiros no âmbito dos Juizados Especiais.

Uma vez instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica (no caso de desconsideração em sentido inverso) será citado para manifestar-se e requer as provas que entende cabíveis em quinze dias, inclusive as orais, podendo ser designada audiência de instrução para oitiva de testemunhas, depoimento pessoal e esclarecimentos do perito.

É importante notar que o sócio ou administrador, ao serem citados nos moldes do art. 135 do NCPC, têm o direito à mais ampla defesa que lhe asseguram os arts. 7º e 9º do NCPC, bem como o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ou seja, eles podem e devem se defender não apenas das imputações relativas às razões pelas quais se pediu a desconsideração da personalidade jurídica, mas também articularem toda a matéria de defesa que entenderem pertinente, em atenção ao princípio da eventualidade consagrado no art. 336 do NCPC, pois não haverá outro momento processual para fazê-lo.

Finda a instrução, sempre que necessária, deverá ser proferida decisão interlocutória que resolverá o incidente. Tal decisão é impugnável por agravo de instrumento se for proferida por juiz em primeiro grau de jurisdição (NCPC, art. 1015, IV) e por meio de agravo, se proferida por relator em sede de tribunal.

Questão interessante é saber se cabe ou não condenação do vencido no

incidente ao pagamento de honorários advocatícios. Isso porque o art. 85, § 1º, no NCPC não prevê essa hipótese. Entretanto, quem deu causa ao incidente deve arcar com os honorários, pois o princípio da causalidade está consagrado pelo § 10 do art. 85 do NCPC. Como é cediço, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica configura uma nova demanda dentro de um mesmo processo, incluindo-se uma nova parte processual que é citada para se defender, utilizando-se de todos os meios de prova, com ampla atividade das partes e de seus advogados. Assim, quem deu causa ao incidente e fez com que o juiz, os advogados (que já estavam no processo e os que foram contratados para defender os sócios ou administradores) e as partes trabalhassem mais deve arcar com os honorários advocatícios em atenção ao princípio da causalidade. Tal princípio está consagrado não apenas no § 10 do art. 85, mas também pela jurisprudência, conforme se percebe da simples leitura do enunciado da Súmula 303 do STJ ("Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com honorários advocatícios"). Não é porque a lei silenciou a respeito que aquele que deu causa ao incidente não deve arcar com o pagamento honorários advocatícios daquele que trabalhou em um novo pedido de tutela jurisdicional dentro do mesmo processo.

Caso seja acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, feita em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Por fim, vale observar que, se alguém sofrer constrição de seus bens por força da desconsideração da personalidade jurídica, sem que tenha sido instaurado o incidente acima mencionado, ou sem que tenha feito parte dele, deve esta pessoa se defender por meio de embargos de terceiro, nos termos do art. 674, § 2º, III, do NCPC.

[1]Cf. *Direito e Processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, n. 26, p. 88.

[2]De fato, esse é um ponto em que a doutrina não discrepa. O interesse que autoriza a intervenção como assistente tem de ser jurídico e não meramente econômico. Há que se fazer uma ressalva, porém, quanto ao disposto na Lei 9.469, de 10 de julho de 1997 (que trata da intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus entes da administração indireta). O

art. 5.º do mencionado diploma legal dispõe: “Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”. Embora a lei não mencione a palavra “assistente”, a forma de intervenção ali prevista é, senão idêntica, pelo menos muito similar à assistência. De certa forma, é possível se entender, então, que, nesse caso específico, embora sem justificativa plausível, teríamos uma assistência sem necessidade de interesse jurídico. Uma verdadeira anomalia, segundo nos parece. De todo modo, não se pode ignorar que a lei o prevê expressamente nesse caso.

[3]Cf. Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, item 597.

[4]Também nesse sentido, Marcus Vinícius de Abreu Sampaio, *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 400.

[5]Nesse sentido, Marcus Vinícius de Abreu Sampaio, *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 402.

[6]Exemplo extraído de Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, n. 316, à p. 173.

[7]*Novo Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2006, v. I, p. 168-171.

[8]Quanto aos ônus, é de se lembrar que o art. 94 do CPC estabelece a medida da sujeição do assistente à condenação nas custas decorrentes da sucumbência.

[9]Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*,

São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2006, v. 1, n. 145, p. 80.

[10]Sobre o conceito de substituição processual, ver Capítulo 13, item 13.6.4.

[11]Nesse sentido, tratando do tema à luz do CPC/1973, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, n. 48, p. 129; e Antonio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, Barueri: Manole, 6. ed., 2007, em comentário ao parágrafo único do art. 52. Também no mesmo sentido, mas á à luz do NCPC, veja-se Luiz Dellore in Fernando da Fonseca Gajardoni et al., *Teoria Geral do Processo*: comentários ao CPC de 2015, São Paulo: Método, 2015, p. 405.

[12]Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, item 597, p. 397. Ovídio Baptista, reportando-se a Goldschmidt, fala em "fundamentos de fato e de direito que determinaram a decisão anterior" (*Teoria Geral do Processo*, São Paulo: RT, 2. ed., 2000, p. 179).

[13]Arruda Alvim entende por justiça da decisão os fatos e sua respectiva prova, de tal sorte que aquilo que se reputou verídico num processo em que o assistente interveio, não poderá ser por ele discutido em processo futuro (Cf. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, n. 47, p. 126/127).

[14]Falando em titularidade e/ou cotitularidade da relação veja-se, por exemplo, Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19. ed., 2006, v. 1, p. 131; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2006, v. 1, n. 147; Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 44. ed., 2006, v. 1, n. 127, p. 161; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, v. 1, n. 337; Ovídio Baptista, *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo: RT, 2. ed., 2000, p. 185 etc. Cândido Dinamarco, porém, tem uma ideia um pouco mais ampla dessa figura de assistência, nela incluindo outras situações que não se enquadrariam no art. 124, como o caso do litisdenunciado na demanda original em face do litisdenunciante (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, n. 597, p. 399).

[15]Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de Terceiros*, São Paulo:

Saraiva, 11. ed., 2000, p. 135.

[16]Celso Agrícola Barbi entendia que a regra da vinculação (à justiça da decisão) do art. 55 (atual art. 123) aplicava-se apenas a assistência simples, já que o tratamento do litisconsorcial seria o de parte (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, n. 346). Já Arruda Alvim entendia que a regra se aplicava a ambas as modalidades de assistência (*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 2, n. 43).

[17]Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 56. ed., 2015, v. 1, p. 365. Igualmente, Luiz Dellore, in Fernando da Fonseca Gajardoni et al., *Teoria Geral do Processo*: comentários ao CPC de 2015, São Paulo: Método, 2015, p. 410.

[18]Capítulo 16 – Sujeitos do Processo.

[19]Milton Flaks, *Denunciação da Lide*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 189.

[20]Sandro Gilbert Martins, in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 413.

[21]Ernane Fidélis dos Santos, *Dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1999, v. VI, p. 73.

[22]Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 7. ed., 2003, p. 437, nota 11 ao art. 70.

[23]*Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 132/133.

[24]Nesse sentido, Sandro Gilbert Martins, in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 413. Igualmente, Leonardo Greco, Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 5.ª ed., 2015, p. 488. Luiz Dellore, embora admita tal interpretação, vislumbra também a hipótese de se entender, de forma mais restritiva, que a denunciação ao possuidor indireto não é mais possível (in Fernando da Fonseca Gajardoni et al., *Teoria*

Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015, São Paulo: Método, 2015, p. 415).

[25]*Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19. ed., 2006, v. 1, p. 145.

[26]Cf. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2015, p. 203.

[27]Moacyr Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 24. ed., 2008, v. 2, p. 31/32), Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2000, p. 106), Arruda Alvim (*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9ª ed., 2005, v. 2, p. 173) e Marcus Vinícius Rios Gonçalves (*Novo Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2006, v. 1, p. 198) entre outros.

[28]*Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 145/147.

[29]*Denunciação da Lide*, São Paulo: RT, 1984, p. 193 e 206.

[30]*Lições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 24. ed., 2013, v. I, p. 230.

[31]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 4. ed., 2008, p. 373.

[32]*Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 145/147.

[33]*Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo: Atlas, 3. ed., 2008, p. 162.

[34]*O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 91-92.

[35]*Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 56. ed., 2015, v. 1, p. 381-383.

[36]In Fernando da Fonseca Gajardoni et al., *Teoria Geral do Processo*: comentários ao CPC de 2015, São Paulo: Método, 2015, p. 420 e 422.

[37]In *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 417.

[38]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154.

[39]Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, São Paulo: RT, 7. ed., 2008, v. 2, p. 188) já faziam referência a julgados nesse sentido.

[40]Em matéria de seguro, temos, inclusive, a Súmula 537 do STJ, editada ainda na vigência do CPC/1973: "Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice".

[41]Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19. ed., 2006, v. 1, p. 145-149. Na realidade, como se percebe inclusive na alocução de Greco, essa discussão se insere numa polêmica mais ampla, que se destina a perquirir se a litisdenunciação é admissível se implicar a inserção de fundamento novo. A questão é controversa, mas temos várias decisões do STJ entendendo ser inviável a denunciação em casos como esse. A título de exemplo, veja-se, *v.g*: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIAÇÃO DA LIDE (CPC, ART. 70, III) À SOCIEDADE DE ADVOGADOS QUE PATROCINOU ANTERIOR EXECUÇÃO ENTRE AS PARTES. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA DE CONTRATO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. DESCABIMENTO. FUNDAMENTO NOVO ESTRANHO À LIDE PRINCIPAL. RECURSO DESPROVIDO. 1 – Nos termos do art. 70, III, do CPC, para que se defira a denunciação da lide, é necessário que o litisdenunciado esteja obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar a parte vencida, em ação regressiva, sendo vedado, ademais, introduzir-se fundamento novo no feito, estranho à lide principal. Precedentes. 2 – In casu, para admitir-se a denunciação da lide seria imperiosa a análise de fato novo, diverso daquele que deu ensejo à ação principal de reparação por danos morais, qual seja a demonstração, por parte da instituição financeira denunciante, de que a sociedade de advogados denunciada agira

com falha no patrocínio de ação de execução, o que demandaria incursão em seara diversa da relativa à reparação por indevida negativação. 3 – A recorrente não fica impedida de ajuizar demanda regressiva autônoma em face da indevidamente denunciada para o exercício da pretensão de ressarcimento dos danos morais devidos à autora da ação principal, em caso de procedência desta ação. 4 – Recurso especial desprovido" (REsp 701.868/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11.02.2014, *DJe* 19.02.2014).

[42]*Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 175-192.

[43]A esse respeito confira-se Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Saraiva, 11. ed., 2000, p. 101.

[44]Abordando o tema à luz do NCPC Luiz Dellore entende que a questão não está "fechada", sendo também defensável a posição permissiva, por razões de facilitação do acesso à justiça (In Fernando da Fonseca Gajardoni et al., *Teoria Geral do Processo*: comentários ao CPC de 2015, São Paulo: Método, 2015, p. 419).

[45]Cândido Dinamarco, *Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Malheiros, 1997, n. 96, p. 160.

[46]*Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 9. ed., 2007, p. 919.

[47]*Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 56. ed., 2015, v. 1, p. 394-395.

[48]Cf. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, 9. ed., 2008, v. 1, n. 13.5, p. 386/389. No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 24. ed., 2013, v. I, p. 242-243.

[49]Chamamento ao Processo e o devedor de alimentos, in *Aspectos Polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*, coord. de Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2004.

[50]*Informativo* 464/STJ.

[51]*Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 141.

[52]*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 529-530.

[53]Cassio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 530.

[54]*Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, 9. ed., 2008, v. 1, p. 380.

[55]ADI 3.921, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, julgamento em 24.10.2007, *DJ* de 31.10.2007.

[56]Eduardo Talamini bem observa que o CPC, além da regra geral do art. 138, traz hipóteses específicas de participação do amicus curiae (embora sem utilizar esse nome), como no art. 927, § 2º; art. 950, §§ 2º e 3º; art. 983; art. 1.035, § 4º; art. 1.038, I (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 3. ed., coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2016, p. 489).

[57]*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 3. ed., coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2016, p. 491.

[58]Cf. ADC 19, j. 6.10.2008, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* 15.10.2008.

[59]Cf. ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 13.12.2008, *DJE* 03.02.2009.

[60]Cf. ADI 3.406, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 06.02.2009, *DJE* 16.02.2009.

[61]In *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, organiz. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, São Paulo: RT, 2015, p. 444.

[62]Cf. Min. Cezar Peluso ADI 3.329, *DJ* 25.05.2006.

[63]Cf. ADI 3.408, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, j. 23.09.2008, *DJE* 1º.10.2008.

[64]ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009, Plenário, *Informativo* 543; ADI 2.669, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 25.05.2009, *DJE* 2.06.2009; ADI 4.001, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. 14.05.2008, *DJE* 21.05.2008.

20

PROCEDIMENTO

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

20.1. DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

Conforme já abordado anteriormente, desde Von Büllow, o processo tem sido considerado, por muitos autores, como sendo, essencialmente, uma relação jurídica. Cremos, entretanto, que falar relação jurídica, apenas, não basta. Expressa melhor a realidade dizermos que se trata de relação jurídica que se desenvolve segundo um determinado procedimento.[1] É nesse sentido a fórmula que encontramos em Cândido Dinamarco,[2] do processo sendo a soma de *relação jurídica processual* e *procedimento*. Relação jurídica, estabelecendo poderes, direitos, faculdades e deveres entre os sujeitos do processo; procedimento, ditando o ritmo, a velocidade e modo de o processo se desenvolver.

Realmente, se formos pensar no processo como relação jurídica, não podemos ignorar que ela não é estática. Está sempre se movendo em direção a um determinado fim. Sempre se destacou a origem etimológica do processo como oriundo de *pro cedere, i.e.*, ir para frente, revelando sua vocação finalística e essencialmente dinâmica.

Essa característica dinâmica do processo se revela, sobretudo, através do chamado procedimento. Procedimento aqui entendido como modelo de sequência de atos, ou o esquema a ser observado para atingimento de um

determinado fim. Podemos dizer que procedimento é o caminho a ser percorrido pelos sujeitos do processo.

O procedimento apresenta-se, assim, como a face visível do processo. Quando eu olho para um processo o que vejo é o procedimento, expresso pelos atos que vão sendo praticados coordenadamente, e não – pelo menos, não diretamente – a própria relação jurídica que envolve demandante, juiz e demandado.

Do exposto podemos entender que não é possível fazer perfeita distinção entre norma de processo e norma de procedimento, uma vez que dizem respeito a uma mesma realidade. Alterar, por exemplo, um prazo processual repercute nos poderes das partes e no direito de defesa. Estamos falando também em processo, portanto. Ocorre que a Constituição Federal embora estabeleça ser privativo da União legislar sobre matéria processual (art. 22, I), prevê competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal a respeito de *procedimentos em matéria processual* (art. 24, XI). Pelo mesmo dispositivo, caberia à União estabelecer normas *gerais* nessa matéria (§ 1º), sem prejuízo da competência suplementar dos Estados (e o Distrito Federal). O que seriam, nesse contexto, normas procedimentais? Mais ainda, o que seriam normas procedimentais *gerais*? A questão é controversa. Vicente Greco Filho entende que não é possível separar procedimento de direito processual. Defende, então, que a competência concorrente estabelecida no art. 24, XI, limita-se a "procedimentos administrativos de apoio ao processo".[3] Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini reconhecem a dificuldade em se fazer a separação e destacam que temas relacionados a jurisdição, ação, defesa, contraditório, decisões judiciais, condições da ação e pressupostos processuais estão fora da competência estadual.[4] Cassio Scarpinella Bueno parece admitir maior gama de possibilidades em termos de legislação estadual no âmbito procedimental, pois afirma que a Constituição teria autorizado "uma verdadeira revolução no direito processual civil brasileiro".[5] Arruda Alvim é mais restritivo e, após traçar alguns limites básicos para a lei estadual, oferece como exemplo de *norma procedimental não geral* a que estabelecesse novas formas de citação ou intimação no âmbito do Estado federado que a promulgou.[6] De nossa parte, cremos que, dada a estreita ligação entre processo e procedimento, o âmbito em que o legislativo estadual poderia fazer uso de sua competência concorrente é bastante restrito. O STF já teve oportunidade de se pronunciar sobre essa temática em algumas oportunidades: (a) no sentido de que os Estados não

podiam criar exigência de depósito recursal para recursos do Juizado Especial, pois envolvendo o direito de recorrer, seria matéria de processo e não de procedimento (ADI 4.161-MC, Rel. Menezes Direito, j. 29.10.2008, *DJE* 17.04.2009); (b) estabelecendo que os Estados não poderiam criar recurso contra decisão de turma recursal (AI 253.518-AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.05.2000, *DJ* 18.08.2000); (c) disciplinando que as custas forenses são matéria de competência concorrente, da União e Estados, sendo que a União deverá estabelecer normas gerais a respeito e, enquanto não o fizesse, os Estados teriam competência plena sobre a matéria (ADI 1.926-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.04.1999, *DJ* 10.09.1999); e (d) concluindo que lei estadual do Rio de Janeiro que regulava a homologação judicial de acordo sobre prestação de alimentos firmado com a intervenção da Defensoria Pública não era inconstitucional porque se inseria na competência concorrente do art. 24, XI, da CF (ADI 2.922, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 03.04.2014, Plenário, *Informativo* 741).

20.2. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS. O DIREITO MATERIAL E OS PROCEDIMENTOS

A partir de tais noções acerca do procedimento, não é difícil intuir que ele terá papel fundamental na aplicação do direito material e deverá ser construído pelo legislador de acordo com o objetivo específico visado. Simples. O procedimento a ser utilizado em processo destinado a descobrir a verdade e declarar o direito aplicável, estabelecendo quem tem razão, não pode ser o mesmo daquele cuja finalidade é satisfazer praticamente o direito ao recebimento de quantia. É por demais óbvio que os procedimentos nos processos de conhecimento e execução devem ser diversos.

O exemplo dado no parágrafo anterior, porém, propositadamente figurou situações em que as finalidades eram bastante diversas só para assentar a premissa de que o procedimento não pode ser sempre o mesmo em qualquer situação, justamente porque dele depende o próprio resultado visado. Fixada essa ideia, devemos partir para discussões um pouco mais complexas. Essas discussões envolvem o próprio papel do procedimento na atividade

jurisdicional.

Nesse particular, podemos observar uma variação muito grande na forma com que se tem encarado o procedimento. Primitivamente, na fase imanentista, só se enxergava o procedimento, pois não se tinha consciência da autonomia do processo. Depois, com o estabelecimento da autonomia do processo, e da descoberta da relação jurídica processual, o procedimento ficou relegado a segundo plano. Mais recentemente, porém, os processualistas se aperceberam de que a realização do direito material está intimamente ligada ao procedimento. O procedimento novamente passou a ser valorizado.

Para os fins da análise empreendida neste capítulo, basta analisarmos a figura do procedimento a partir do momento em que se reconhece a autonomia científica do direito processual. Durante a fase autonomista do processo, como observou Ovídio Baptista,[7] prevalecia a ideia de que um procedimento padrão (comum), na atividade jurisdicional de conhecimento seria o melhor caminho, e que os procedimentos especiais seriam um desvio justificado muitas vezes apenas pela tradição. O procedimento comum tinha a vantagem de abrigar todo o conflito, propiciando a plenitude do debate, sem cortes cognitivos. Nas últimas décadas, entretanto, os processualistas passaram a se preocupar de modo especial com a **efetividade** do processo, destacando que ele deve ser eficaz como instrumento de realização do direito material da melhor forma e no menor tempo possíveis. Nesse momento percebeu-se que a ideia de um procedimento único se apresentava muitas vezes como um grande obstáculo para a efetividade do processo.

Assim é que se passou a falar, com frequência, em **tutela jurisdicional diferenciada**,[8] o que era, no fundo, a admissão de que havia necessidade do estabelecimento de procedimentos (ou técnicas procedimentais) diferenciados, de modo a propiciar maior efetividade. Como diz José Roberto Bedaque,[9] a concepção de tutela jurisdicional diferenciada leva em consideração "*a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários para sua efetiva satisfação*". No nosso sistema processual, a par dos procedimentos especiais, temos a própria técnica da tutela provisória utilizada no bojo do procedimento comum como mecanismo destinado a fazer a devida adaptação às necessidades inerentes à efetividade do processo.

Chegamos, portanto, ao ponto essencial, que deve ser repisado: não se pode diminuir o valor do procedimento no atingimento dos fins do processo,

particularmente a instrumentalização do direito material. Não se trata de sobrevalorizar a forma, mas de perceber que a estruturação do procedimento é de fundamental importância para adaptar o processo às necessidades do direito material.[10] Nesse tema, como em tantos outros, é a perfeita consciência da instrumentalidade do processo que deve nortear o processualista.

20.3. CLASSIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Percebida a relação entre procedimento e processo e de procedimento e adaptação à realidade do direito material, podemos nos dedicar aos aspectos classificatórios do tema.

Comecemos pela classificação diretamente derivada do direito positivo. Em se tratando de processo de conhecimento, notamos a existência de um procedimento comum (arts. 318 e seguintes) e de procedimentos especiais (regulados nos arts. 539 a 770). O CPC de 1973 subdividia o procedimento comum em ordinário e sumário, o que **não ocorre no CPC de 2015**. O procedimento comum é fonte subsidiária para todos os outros procedimentos, inclusive os de execução (art. 318, p. único).

A estrutura do procedimento comum pode ser bem identificada a partir das fases, quais sejam: a **postulatória** (envolvendo a postulação principal do autor e a atitude do réu em face dessa postulação), a **ordinatória** (em que o juiz expurga o processo de vícios e define seus rumos), a **instrutória** (caracterizada pela concentração de atos de natureza probatória) e a **decisória** (em que se profere a sentença).

E os procedimentos especiais? Como se diferenciam? Marcato[11] adverte que as diferenciações podem ser as mais variadas possíveis, apresentando-se pela alteração dos prazos de resposta, nas regras de legitimação e iniciativa das partes, na natureza dúplice da ação, em regras especiais de competência, de citação, da inalterabilidade do pedido, na fusão de providências de caráter cognitivo, executivo e cautelar, na concessão de medidas *inaudita altera parte*, nas limitações ao direito de defesa e no juízo de equidade.

No processo de execução também podemos identificar vários tipos de procedimento, dependendo do tipo de satisfação pretendida ou de especial

característica envolvida. Nesse sentido, observamos procedimentos para execução de entrega de coisa (arts. 806 a 813), obrigações de fazer e não fazer (arts. 814 a 823), por quantia certa contra devedor solvente (arts. 824 a 909), contra a Fazenda Pública (art. 910) e de alimentos (arts. 911 a 913). O procedimento de execução por quantia certa contra devedor insolvente previsto no CPC de 1973 continua em vigor por força do disposto no art. 1.052.

Finalmente, devemos observar que, apesar de o novo código não mais contemplar um processo cautelar autônomo, contamos com a possibilidade de um procedimento antecedente para a tutela provisória urgente. Há a previsão de um procedimento cautelar antecedente (arts. 305 a 310) e de um procedimento de antecipação de tutela requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304), cada um com as suas peculiaridades. De todo modo, a ideia é que, após essa fase inicial, estabelecida tendo em vista a necessidade urgente, o processo irá continuar sob procedimento comum.

A par dessa classificação diretamente derivada do direito positivo, podemos, segundo a doutrina, classificar o procedimento, quanto à sua linguagem, em escrito, oral e misto. O nosso modelo de procedimento tem elementos de oralidade, mas o que predomina é a prática de atos processuais escritos. De fato, hoje em dia é virtualmente impossível, pelo menos na maioria dos países, a adoção da oralidade pura, como vigorava no antigo processo romano no período da *legis actiones*. O que se pode observar no novo CPC em termos de oralidade é, de modo especial: audiência de conciliação ou mediação, em que a oralidade é elencada como um dos princípios (art. 166), o saneamento compartilhado (art. 357, § 3º), a produção de provas orais na audiência de instrução, na presença do juiz (art. 361), a previsão de debates orais (art. 364) e a sustentação oral no tribunal, ampliada no NCPC. Além disso, a possibilidade de se gravar a audiência de instrução, com imagem e som (art. 367, § 5º), representa mecanismo que potencializa os efeitos da palavra falada no processo. Entretanto, um dos elementos clássicos inerentes à oralidade, a identidade física do juiz, prevista no direito anterior (art. 132, CPC/1973), não mais está prevista no nosso sistema processual civil.

Isso nos leva a tecer mais alguns comentários sobre a **oralidade**, ao menos pela importância histórica desse princípio.[12] A oralidade, na formulação de Chiovenda, envolveria os seguintes subprincípios: (a) a

prevalência da palavra (oral) como meio de expressão[13] (que não exclui, evidentemente, o emprego de meios escritos, mas dá grande valor à tomada de depoimentos orais, das partes, testemunhas e peritos, além dos debates orais que se seguem à instrução); (b) *imediação* (significando que o juiz deve direta e pessoalmente proceder à coleta da prova oral, podendo assim avaliar melhor os depoimentos); (c) *identidade física* (no sentido de que o juiz que esteja presente à coleta da prova oral deverá proferir julgamento); (d) *concentração dos atos da causa* (para que a impressão formada no espírito do juiz, como fruto da palavra oralmente expressa, não se perca com o passar do tempo); (e) irrecorribilidade das interlocutórias (para que os benefícios da palavra oral não desaparecessem, seria importante que as decisões interlocutórias não fossem sujeitas a recurso em apartado).[14] Considerando que o sistema brasileiro atual não mais contempla a identidade física e prevê agravo de instrumento para uma série de decisões interlocutórias, além de não mais mencionar a oralidade na exposição de motivos (como fazia o CPC/1973), podemos concluir que ela foi bastante atenuada em comparação ao direito anterior. Com todos esses aspectos que acima apontamos, há quem diga que a oralidade foi adotada com mitigação,[15] enquanto outros dirão que nosso sistema processual civil é escrito.[16] Considerando os importantes elementos de oralidade que ainda persistem no sistema, preferimos dizer que o nosso sistema é misto, ainda que com predomínio escrito.

Outra classificação do procedimento que merece ser destacada, tendo em vista o seu modo de ser, distingue procedimento *rígido* de procedimento *flexível*. Num sistema rígido a ordem dos atos do processo deve ser observada rigorosamente, sem possibilidade de retorno. No sistema rígido, as preclusões ocupam importante papel. Preclusão é a perda da possibilidade de praticar um ato processual, seja pelo decurso do prazo (preclusão temporal), seja por ele já ter sido praticado (preclusão consumativa), seja por ser incompatível com outro já praticado (preclusão lógica).[17] O NCPC também se baseia em sistema de preclusões (art. 507), de modo a favorecer o caminhar para frente inerente ao processo, além de, com o mesmo propósito, estabelecer regras de estabilização da demanda (art. 329) semelhantes à do sistema anterior. Nesse sentido, podemos dizer que nosso sistema é essencialmente rígido. Entretanto, temos um elemento de flexibilização estabelecido no novo código, que é o retardamento da preclusão das decisões interlocutórias, que poderão ser novamente alegadas por ocasião da apelação ou contrarrazões (art. 1.009, § 1º), num fenômeno que Zulmar Duarte[18] denominou de

preclusão elástica.

Registre-se, ainda, outro fator de flexibilização procedimental do NCPC, que estabelece a possibilidade de as partes criarem ou modificarem regras procedimentais, com base nos arts. 190 e 191. Esse tema, porém, será tratado no capítulo 21, sobre Atos Processuais.

[1]Naturalmente, a definição de processo pode variar, bastante, de acordo com o prisma analisado. Assim, se formos relacionar à jurisdição, por exemplo, podemos dizer que o processo é instrumento para exercício da jurisdição. Parece-nos que é nesse sentido que devemos entender o conceito apresentado por Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973: "o processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça".

[2]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, n. 387, p. 25-28.

[3]*Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 19. ed., 2006, v. 1, p. 70/71.

[4]*Curso Avançado de Processo Civil*, São Paulo: RT, 11. ed., 2010, v. 1, p. 181-182.

[5]*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 454.

[6]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 1, p.123.

[7]Cf. Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987, v. 1, capítulo "Processos e Procedimentos", p. 93-115, em que essas ideias são desenvolvidas.

[8]Ver, por todos, Andrea Proto Pisani, Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *Rivista di Diritto Processuale*, 4/536-591, 1979.

[9]Cf. *Direito e Processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, item 18, p. 53.

[10]Cf. José Roberto Bedaque, *Direito e Processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, item 13, p. 40-41; Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo*, 2. ed., 2007, item 2.8, p. 428-430. Marinoni destaca também, que além de adequado a tutelar os direitos o procedimento deve

"*expressar a observância dos direitos fundamentais processuais*" (op. cit., item 2.2, p. 414).

[11]Cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, São Paulo: Atlas, 10. ed., 2004, item 16, p. 75-81.

[12]Parte da doutrina elaborada à luz do CPC de 1973 chegava, inclusive, a inserir a oralidade entre os princípios fundamentais do processo (nesse sentido, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 1, p. 33; Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, v. 1, p. 47 e ss).

[13]Na verdade, como bem observa Ovídio Batista da Silva (*Curso de Processo Civil*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, v. 1, p. 53), isso seria o "núcleo do princípio", e não propriamente um subprincípio da oralidade como manifestou Chiovenda.

[14]Essa é a apertada síntese do conteúdo do princípio da oralidade, feita por Chiovenda, seu grande defensor, em suas Instituições de Direito *Processual*, trad. de J. Guimarães Menegale da 2. ed. italiana, São Paulo: Saraiva, 1945, v. 3, p. 67-81. Nas páginas seguintes, ele se dedica, ainda, a refutar objeções feitas à adoção da oralidade.

[15]Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 56. ed., 2015, v. 1, p. 61.

[16]Oscar Valentim Cardoso, A Oralidade no Novo Código de Processo Civil: de volta para o passado, in *Coleção Novo CPC: Doutrina Selecionada*, v. 1: parte geral, organiz. Luca Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 573.

[17]Sobre preclusão, ver o item 21.4, infra.

[18]Zulmar Duarte de Oliveira Junior, Preclusão Elástica no Novo CPC: protesto antipreclusivo, uma oportunidade perdida, in *Coleção Novo CPC: Doutrina Selecionada*, v. 1: parte geral, organiz. Luca Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1193-1210.

21

ATOS PROCESSUAIS

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

21.1. NOÇÕES GERAIS

Como se sabe, os acontecimentos da vida que têm relevância para o direito são chamados de fatos jurídicos. Por outro lado, dentro dessa grande categoria, como espécie, portanto, de fato jurídico, devemos separar aqueles que são fruto da vontade humana, que são denominados de atos jurídicos. O vendaval que destrói o imóvel que é objeto de locação insere-se entre os fatos jurídicos, embora não seja um ato jurídico. O pagamento do aluguel pelo locatário desse imóvel é ato jurídico.

Essa mesma ideia transfere-se para a esfera processual. Ao invés de relevância para o direito, falamos em importância para o processo. Nesse sentido, temos os fatos processuais, como gênero, e os atos processuais (dependentes da vontade humana) como espécie. Ainda nesse contexto, as ocorrências que repercutem no processo, mas que não são caracterizados como ato processual, são chamados de simples fatos processuais, ou fatos processuais *stricto sensu*.[1] Feita essa primeira observação, concentremo-nos no sentido de ato processual para precisar melhor o seu conceito.

O nosso legislador processual civil não oferece um conceito direto, pleno e acabado de ato processual, mas se pode intuir, sobretudo do disposto

no art. 200, ao tratar dos atos processuais da parte ("*declarações*[…] *produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais*"), que o conceito de Chiovenda estava à base de seu pensamento.

Com efeito, Giuseppe Chiovenda[2] aludia a atos processuais como sendo os que "*têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual*". São atos jurídicos, humanos e voluntários, portanto, praticados no processo, excluídos aqueles que, embora tenham reflexo na relação processual (ex.: eleição de foro) foram realizados fora do juízo.[3] O NCPC, inovando em relação ao direito anterior, prevê, porém, os negócios jurídicos processuais, que podem ser praticados **antes** ou durante o processo. Os negócios jurídicos processuais, pela sua importância e peculiaridades, serão tratados em um item à parte, dentro deste capítulo. Outro aspecto importante a se destacar é que a doutrina costuma entender que só são atos processuais aqueles praticados pelos sujeitos do processo. Lembre-se, aqui, conforme tratado no Capítulo 16, que por sujeitos do processo devemos entender não só as partes e o juiz (sujeitos principais), mas, também, o advogado e o Ministério Público (quando este atuar naquele processo) e os órgãos auxiliares, como escrivão, oficial de justiça etc. (sujeitos secundários).

Dentro desse contexto, devemos incluir entre os atos processuais, conforme leciona Dinamarco,[4] os atos processuais ilícitos, ficando, porém excluídos os atos, mesmo lícitos, praticados por quem não é sujeito do processo (como, por exemplo, os da testemunha). Os *atos* realizados no processo, mas que não se enquadrem na definição, seja por não serem voluntários, seja por serem realizados por quem não é sujeito do processo, e, ainda, as *omissões*, devem ser considerados simples "*fatos processuais*". Exemplo típico de fato processual é o evento morte, que, embora não seja voluntário, produz efeito no processo segundo a lei (suspensão do processo; extinção da relação processual).

21.2. NATUREZA JURÍDICA, CARACTERES E CLASSIFICAÇÃO

O ato processual tem natureza jurídica de ato jurídico. Encaixa-se com precisão na definição de ato jurídico, constituindo ato humano voluntário,

que se reflete na relação jurídica (constituindo, modificando, extinguindo), mas com a peculiaridade de ocorrer no âmbito do processo.

Quanto às características do ato processual, podemos dizer que todas derivam do fato de ele ser interligado com outros do mesmo processo, apresentando-se, para usar a tão repetida metáfora, com um dos elos da corrente. Assim é que Moacyr Amaral Santos[5] identifica três caracteres fundamentais: (a) os atos não se apresentam isoladamente; (b) os atos se ligam pela finalidade comum; e (c) os atos são interdependentes. Em síntese, podemos dizer que os atos processuais se interligam de forma coordenada, em direção a um determinado fim.

Os atos processuais podem ser classificados sob o prisma (critério) subjetivo ou objetivo.

A classificação que leva em consideração o elemento subjetivo reflete-se no CPC, na medida em que distingue os atos processuais nas categorias: atos da parte (arts. 200 a 202), pronunciamentos[6] do juiz (arts. 203 a 205) e atos dos escrivães e chefes de secretaria (arts. 206 a 211). Embora o Código não mencione expressamente, devemos incluir, também, os atos dos órgãos auxiliares da justiça, de um modo geral, e não apenas escrivães e chefe de secretaria. Ressalte-se, ainda, que há autores que preferem discriminar entre atos da parte e atos judiciais (incluindo aí não apenas o juiz, mas também os auxiliares da justiça).[7]

Quanto aos atos da parte podemos classificá-los em *postulatórios* (como a petição inicial) e *instrutórios* (destinados a provar, de modo a influir no convencimento do juiz). Identifica, ainda, Cândido Dinamarco[8] atos materiais das partes, que não formulam pedido e também não se destinam a provar, mas, apenas, a cumprir exigências legais ou judiciais.

Com relação aos atos do juiz, a própria lei oferece uma classificação que diz respeito, porém, exclusivamente aos seus pronunciamentos (ou provimentos judiciais): *sentença* (art. 203, § 1.º); *decisão interlocutória* (art. 203, § 2º) e *despacho* (art. 203, § 3.º), sendo que a doutrina costuma aludir a esse último como *despacho de mero expediente*. Além desses, podemos acrescer, ainda segundo a lei, os acórdãos, que são decisões dos tribunais como fruto de julgamento colegiado (art. 204). Nosso sistema abre espaço para incluir na classificação os atos dos juízes dos tribunais que, diferentemente dos acórdãos, são fruto de decisão individual de membro do órgão colegiado: são as *decisões monocráticas* (*v.g.*, art. 932). Como

observamos, a classificação exposta com base na lei contempla os *provimentos judiciais*. Provimentos são, conforme explica Dinamarco,[9] pronunciamentos do juiz, declarações de vontade que emite no processo. Além dos provimentos, o juiz realiza também *atos materiais*, como ouvir testemunhas, realizar inspeção, rubricar folhas etc.

Voltando, porém, aos provimentos, vejamos no que consistem. Primeiro, a sentença. Para tratar do conceito legal de sentença, que encontramos no NCPC, é útil retrocedermos um pouco, a fim de entendermos a razão de ser da opção do legislador. No CPC de 1973, originalmente, a sentença era definida como ato que põe fim ao processo. Em consequência das reformas processuais, porém, sobretudo a mudança na sistemática do cumprimento de sentença, que passou a se dar no mesmo processo, o legislador reformista, em 2005, com a Lei 11.232, alterou o dispositivo legal que tratava do tema, passando a dispor que seria o "ato que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269" (art. 162, § 1º, CPC/73). Essa mudança na redação do dispositivo legal gerou muita discussão na doutrina, especialmente pelos possíveis efeitos em matéria recursal (já que o recurso cabível depende da natureza do provimento judicial). A doutrina majoritária[10] acabou entendendo que, a despeito da redação dada ao § 1º do art. 162, pela Lei 11.232/2005, o conceito de sentença, extraído a partir de uma interpretação sistemática, não prescindiria da sua potencialidade extintiva. Em outras palavras, enquadrar-se em alguma das situações dos arts. 267 e 269[11] seria necessário, *porém não suficiente*, para uma decisão judicial se caracterizar com sentença. O NCPC acabou refletindo esse entendimento ao expressar, no § 1º do art. 203 que "*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*".

Coerentemente com o conceito acima, o NCPC define decisão interlocutória como "*todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º*". Realmente, considerando que toda decisão judicial em primeiro grau de jurisdição será sentença ou decisão interlocutória, esta última pode perfeitamente ser definida por exclusão. Se é decisão do juiz de primeiro grau e não é sentença, só pode ser decisão interlocutória.

Os despachos (antigamente chamados "de mero expediente"), por outro lado, são pronunciamentos do juiz que não têm caráter decisório, servindo

apenas para a movimentação do processo, como é o caso, por exemplo, do despacho que dá ciência à outra parte de um documento juntada aos autos, oportunizando sua manifestação. Do ponto de vista prático, porém, se o despacho, que aparentemente diria respeito ao simples andamento do processo, causar prejuízo a uma das partes, deve ser considerado como decisão interlocutória.[12]

Com relação aos acórdãos, temos que estes constituem decisões colegiadas dos juízes do tribunal. As decisões individuais proferidas pelos juízes dos tribunais (negando seguimento ao recurso na forma do art. 932, por exemplo) não podem ser chamadas de "acórdão" (palavra que deriva do verbo *acordar*, no sentido de "ficar em acordo", o que pressupõe mais de uma pessoa), e a elas se costuma aludir como *decisões monocráticas* ou simplesmente decisões, sem outro qualificativo.

Os atos processuais dos auxiliares da justiça costumam ser classificados como atos de *movimentação* (que visam a dar seguimento ao processo, *v.g*., remessa dos autos ao tribunal), de *documentação* (registram a prática de um ato processual, como é o caso da certidão de intimação) e de *execução* (que dizem respeito ao cumprimento das determinações do juiz por parte dos auxiliares da justiça, como, por exemplo, a busca e apreensão de um bem).[13]

21.3. MODO, LUGAR E TEMPO DOS ATOS PROCESSUAIS

21.3.1. Generalidades: a forma do ato processual

O Código de Processo Civil brasileiro parece aderir ao sistema da liberdade de forma quando, no art. 188, expressa que os atos processuais "*não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir*". Na realidade, porém, as exigências formais normalmente são muitas e, na prática, a liberdade de forma em se tratando de ato processual acaba sendo a exceção. A existência, porém, de formas no processo não é algo negativo, em si mesmo, desde que não degenere em formalismo excessivo e contanto que as exigências de formas sejam interpretadas com os devidos

temperamentos decorrentes do princípio da instrumentalidade. Esse é um aspecto absolutamente essencial nessa matéria e voltaremos a ele mais adiante. Antes, porém, é importante apresentarmos algumas considerações sobre o que a ideia de forma do ato processual abrange e quais, genericamente falando, são as principais exigências a respeito existentes em nosso sistema processual.

Assim, é preciso ter em mente, conforme esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,[14] que a forma do ato processual, em sentido estrito, significa o *modo* com que ele deve produzir-se, o seu invólucro, mas a doutrina, em sentido mais amplo, cuida de forma envolvendo também exigências de *lugar* e *tempo*.

21.3.2. Exigências de modo

Quanto às exigências de *modo*, o direito processual brasileiro impõe, genericamente, o uso da língua portuguesa (art. 192). A presença de expressões latinas e a inserção de textos doutrinários em língua estrangeira são toleradas, desde que feita com parcimônia, não prejudicando o entendimento da peça processual. A juntada de documento em língua estrangeira deverá ser acompanhada de tradução juramentada ou, ainda, apresentada em versão na língua portuguesa que tenha tramitado por via diplomática ou autoridade central (art. 192, parágrafo único). Normalmente, os atos do processo são apresentados na forma escrita. Os orais, praticados em audiência (como, p. ex., o depoimento pessoal), devem ser devidamente documentados. Esses são requisitos gerais em relação ao modo dos atos processuais. A par desses, o Código de Processo Civil frequentemente faz exigências específicas, como é o caso, por exemplo, em matéria recursal (arts. 1.010, 1.016, 1.029 etc.).

21.3.3. Atos processuais praticados eletronicamente

O NCPC, nesse campo, dedica, ainda, uma seção aos atos processuais praticados na forma eletrônica. Esse, ninguém duvida, é o caminho que só irá se intensificar de ora em diante. Considerando esse aspecto, teria sido melhor

se o NCPC fosse mais além, pensando o processo preferencialmente sob novo paradigma, o da superação do papel. De todo modo, vejamos, em linhas gerais, o que o NCPC, a par da legislação preexistente nessa matéria, traz de mais importante nesse campo. Antes, porém, não podemos deixar de lembrar os dois principais marcos em matéria de processo eletrônico no Brasil, sobre cuja existência repousam os dispositivos do NCPC. O primeiro é a Medida Provisória 2.200-2/2001, que estabeleceu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP- Brasil), que viabiliza a emissão de certificados digitais, que assegura a autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos. A partir da existência desse sistema, pudemos ter o segundo grande marco que é a Lei 11.419/2006, que regula a informatização do processo judicial, que permitiu, antes mesmo do advento do NCPC, o desenvolvimento de processos totalmente pela via eletrônica. O processo eletrônico tem a virtude de possibilitar a diminuição do chamado tempo morto do processo, colaborando com o princípio da duração razoável do processo. Como já se percebeu antes do advento do NCPC, outros princípios, entretanto, podem vir a ser prejudicados dependendo da forma de implantação do processo eletrônico. Em alguma medida, como veremos, o NCPC procurou, em alguns dispositivos, afastar o possível problema.

O art. 195 determina que o registro do ato processual eletrônico deve ser feito em “padrões abertos”. Isso significa, em outras palavras, de forma acessível, sem implicar custos para a parte. Como se pode perceber, a preocupação, nesse passo, é com o acesso à justiça. A mesma preocupação com o acesso à justiça se revela no art. 199, que determina às unidades do Poder Judiciário que assegurem às pessoas com deficiência o acesso aos seus sítios na internet, aos meios eletrônicos para prática de atos judiciais e à comunicação eletrônica dos atos processuais. Da mesma forma, é no princípio do acesso à justiça (e também na isonomia) que encontramos a razão de ser do art. 198 quando determina que as unidades do Poder Judiciário mantenham gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos destinados à prática de atos processuais eletrônicos.

No mesmo art. 195 encontramos a determinação no sentido de que ao ato processual eletrônico deverá ser assegurada a autenticidade, integridade, temporalidade, o que depende, em grande parte do sistema de infraestrutura de chaves públicas (ICP – Brasil), ao qual, aliás, o próprio dispositivo faz referência.

Há outro aspecto de grande importância que podemos depreender do texto dos arts. 194 e 195. No primeiro, se fala em garantia da publicidade. No outro se encontra prevista a necessidade de garantia de confidencialidade nas causas que correm em segredo de justiça. Em outras palavras, como não podia ser diferente, o processo eletrônico e os atos processuais eletrônicos deverão obedecer aos parâmetros constitucionais de publicidade (art. 93, IX), inclusive as exceções ali previstas, relativas à proteção à intimidade e ao interesse público. Parece-nos que a garantia da confidencialidade nos processos que tramitam em segredo de justiça não tem sido normalmente um problema. Há, porém, certa dúvida em relação à abrangência do princípio da publicidade. No processo físico qualquer pessoa pode examinar os autos, sem ser parte ou procurador (ressalvados os casos de segredo de justiça, é claro). No caso do processo eletrônico, embora as informações sobre o andamento dos processos estejam disponíveis ao público em geral, não se tem acesso completo ao conteúdo constante dos autos, visto que o acesso aos documentos digitalizados é privativo das partes e Ministério Público (art. 11, § 6º, Lei 11.419/2006). Há interessante debate a respeito da constitucionalidade da restrição à publicidade no processo eletrônico.[15]

Um dos problemas práticos que a prática dos atos processuais eletrônicos oferece aos usuários é a falta de uniformização entre as unidades do Poder Judiciário. A plena compatibilização entre sistemas e programas a serem utilizados é ideal a ser ainda atingido. O art. 196 incumbe o Conselho Nacional de Justiça de zelar por essa uniformização.

O art. 197, por sua vez, traz uma regra que nos parece óbvia, mas que demorou bastante tempo até ser consagrada pela jurisprudência. De fato, há muito tempo os tribunais, de um modo geral, mantêm página na internet com informações sobre andamentos processuais. Ocorre que essas informações, às vezes, continham equívocos, principalmente devido a falhas de atualização. Essas falhas do sistema levavam o usuário a engano, e, em certos casos, à perda de prazos processuais. A jurisprudência, durante muito tempo, era no sentido de que as informações constantes nas páginas dos *sites* dos tribunais eram simples referência, mas sem vinculação do órgão judiciário. Assim, eventual equívoco ali constante não constituía justa causa para possibilitar a devolução do prazo. Finalmente, com lucidez, o STJ pôs fim a esse iníquo entendimento.[16] O NCPC, ao falar de presunção de veracidade e determinar que o erro de sistema configura a justa causa do art. 223, sepulta de vez a questão.

21.3.4. Exigências de lugar e tempo

Sobre o lugar, estabelece o art. 217, CPC serem os atos processuais, de regra, praticados *na sede do juízo*. Como o próprio dispositivo legal menciona, há exceções motivadas pela deferência, interesse da justiça ou obstáculo apontado pela parte e acolhido pelo juiz. É o caso, por exemplo, da inspeção judicial que muitas vezes precisa ser realizada fora do local do juízo.

Quanto ao tempo, temos regras sobre o período do dia em que os atos processuais deverão ser realizados e em que dias eles podem ser praticados.

Segundo o art. 212, os atos processuais deverão ser realizados das 6 às 20 horas, sendo que se iniciados antes desse último horário poderão ser concluídos posteriormente se o adiamento implicar prejuízo à diligência ou causar dano grave. Veja-se, por exemplo, o caso da audiência que tenha sido iniciada antes das 20 horas. Eventual interrupção da audiência poderia provocar prejuízos irreparáveis à instrução do processo.

Sobre esse dispositivo, muitas discussões tivemos, no passado, no caso de o horário de expediente do fórum exceder ao horário de prática de atos processuais. Uma petição protocolizada no último dia do prazo, mas fora do horário estipulado no art. 212, deveria ser considerada tempestiva? Hoje em dia, com a ampliação do horário estipulado no *caput* do art. 172 (passou de 18h para 20h), a polêmica passou a ser relativa aos casos em que o expediente forense termina antes de 20h. A petição que não pôde ser protocolada no último dia de prazo, às 19h50min, porque o expediente do fórum já tinha se encerrado, terá o seu prazo prorrogado para o dia seguinte? Parece-nos que o disposto no § 3º, do art. 212 não deixa dúvidas de que o prazo não se prorroga, visto que a petição deve ser protocolada dentro do *horário de funcionamento do fórum ou tribunal, conforme o disposto na lei de organização judiciária do local*. Tal regra, porém, não se aplica à prática eletrônica de ato processual, que poderá ser realizada até a meia-noite do último dia do prazo (art. 213).

Sobre os dias de prática dos atos processuais, dispõe o mesmo dispositivo legal (art. 212) que eles serão realizados em *dias úteis*. Qual seria o conceito de dia útil, para esse efeito? Exclui-se, naturalmente, o feriado e o domingo. E o sábado? O NCPC, extirpando qualquer dúvida que pudesse existir no direito anterior, incluiu expressamente o sábado no rol dos dias não

úteis (art. 216). O legislador também considera dia não útil aqueles em que não haja expediente forense.

O Código traz ainda regras proibitivas da prática de atos processuais nas férias e nos feriados, salvo a citação, intimação e penhora, além da tutela de urgência (art. 214). Especificamente quanto às férias, determina ainda o legislador que certos processos tramitam durante as férias, como é o caso de alimentos, nomeação ou remoção de tutores e curadores, atos de jurisdição voluntária e quaisquer atos de conservação de direitos que possam ser prejudicados pelo adiamento e ainda outras causas assim determinadas em lei federal (art. 215). Ocorre que a Emenda Constitucional 45/2004 incluiu um inciso XII ao art. 93, determinando que a "*atividade jurisdicional será ininterrupta*", proibindo expressamente as férias coletivas em primeiro e segundo graus. Tal dispositivo constitucional teria reduzido bastante a aplicabilidade das normas do CPC em matéria de férias, tornando-as utilizáveis apenas aos tribunais superiores. Não se pode deixar de consignar, ainda, que no recesso forense previsto no art. 220 (20 de dezembro a 20 de janeiro), que não se confunde com férias, os prazos processuais estão suspensos.[17]

21.3.5. A instrumentalidade das formas

Não se pode falar em forma do ato processual sem dar o devido destaque para o princípio da instrumentalidade das formas. E para tratarmos desse princípio, que relativiza as exigências formais, torna-se necessário, curiosamente, destacar a importância da forma no processo.

Realmente, ao contrário do que muitos pensam, a forma não é prejudicial ou dispensável ao processo. As formas, na verdade, constituem penhor de segurança para as partes. A observância dos princípios que compõem o devido processo legal está relacionada à existência e respeito das regras de forma. Veja-se, por exemplo, o caso da citação.

A citação é ato cercado de formalidades. Temos formalidades no conteúdo do mandado citatório. Temos formalidades no ato de citação em si mesmo. Dependendo de como se dá a citação, temos necessidade, ainda, de formalidades complementares. Tudo isso é algum exagero? Não. Precisamos

dessas formalidades para termos razoável garantia de que o citando está sendo devidamente comunicado da existência do processo e está sendo colocando em condições de se pronunciar a respeito (normalmente, apresentando defesa). Como se sabe, é o próprio princípio do contraditório, de importância magna no processo, que está dependendo, em grande parte, do ato citatório, na medida em que se preenche inicialmente o elemento *ciência.*

Assim como a citação, vários outros atos do processo devem preencher determinados requisitos de forma tendo em vista alguma finalidade visada pelo legislador processual. Finalidade. Esse é o ponto-chave. A formalidade processual existe e se justifica na medida em que é necessária para atender a uma determinada finalidade. Mas, entenda-se, apenas *nessa medida*.

Voltemos ao exemplo da citação, para podermos vislumbrar as consequências práticas disso que acabamos de falar. O *caput* do art. 239 do CPC, coerentemente com tudo o que dissemos acerca da importância da citação para a efetividade do contraditório, determina que "*para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou executado"*. Porém, logo em seguida, no § 1º, diz, singelamente, que "*o comparecimento espontâneo do réu ou executado supre a falta ou a nulidade da citação"*.

Como explicar que aquilo que era "indispensável" passou a ser suprível? Simples. Era indispensável na medida, e apenas na medida, em que era condição para o réu ou o executado ter ciência e, querendo, se defender (princípio do contraditório). Ora, como o réu ou executado acabou, de um jeito ou de outro, tendo ciência, a ponto inclusive de ter conseguido comparecer e praticar o ato que achasse adequado, a *finalidade* foi atingida. Em outras palavras, o contraditório, que era o que se tinha em mente ao exigir a citação, não foi arranhado. Assim, no caso, ficaram superadas as formalidades da citação e até mesmo o ato citatório!

Essa é justamente a essência do princípio da instrumentalidade das formas. Atingida a finalidade do ato processual, a exigência formal pode ser dispensada.

Esse princípio pode ser depreendido facilmente do disposto no art. 188 do CPC, ao preceituar que os atos do processo terão forma específica se assim a lei exigir, mas, que são reputados válidos "*os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial"*. No mesmo sentido, podemos observar o art. 19 da Lei 11.419/2006, convalidando os atos processuais praticados por meio eletrônico antes daquele diploma legal,

desde que sua *finalidade tenha sido alcançada* e as partes não tenham tido prejuízo.

Outro dispositivo legal que faz transparecer a instrumentalidade das formas é o art. 277, ao qual voltaremos quando examinarmos a questão da validade do ato processual. Tal preceito também se refere exatamente à finalidade do ato para afastar a decretação de nulidade por vício de forma. Aliás, é exatamente nesse campo, o das nulidades, que a instrumentalidade das formas avulta de importância, como veremos em seguida. Antes, porém, para completar a verificação das principais regras de forma dos atos do processo, especificamente no que diz respeito ao aspecto tempo, cabe abordar nossa sistemática em matéria de prazo.

21.3.6. Prazos dos atos processuais

Prazo é o período que medeia dois termos (inicial e final). A própria exigência de que o processo não se eternize, que caminhe sempre para frente e não perdure por tempo longo demais, naturalmente implica a existência de prazos para a prática dos atos processuais, em todo o seu curso.

Esses prazos processuais podem ser, quanto à sua origem, classificados em **legais**, **judiciais** ou **convencionais**, conforme sejam expressos em lei (ex.: art. 335), ou pelo magistrado (ex.: art. 76), ou, ainda, acordados pelas partes (ex.: art. 313, II).

A maioria dos prazos, entretanto, é legal, tanto que o próprio legislador deixa claro que essa é a regra, ao prever que a realização dos atos processuais deverá se dar *nos prazos prescritos em lei* (art. 218). O NCPC abre, porém, a oportunidade para as partes e o juiz convencionarem os prazos a serem observados no processo (calendarização processual), conforme será tratado no item relativo ao negócio jurídico processual.

Em matéria de prazos, outra classificação de uso comum na doutrina era a que distinguia os que não podiam ser alterados pelas partes e os que admitiam a flexibilização. O CPC de 1973 aludia expressamente a essas duas figuras, chamando os primeiros de **peremptórios** (art. 182, CPC de 1973) e aos segundos de **dilatórios** (art. 181, CPC de 1973). Cândido Dinamarco, porém, chamava os segundos de ordinatórios ou dispositivos.[18] Parece-nos que essa tradicional classificação, entretanto, perdeu um pouco do sentido no novo código. Isso porque, com já mencionamos, há uma permissão genérica

de calendarização processual que permite, obedecidos determinados parâmetros, a ampliação ou redução de quaisquer prazos.

Outra classificação relevante em matéria de prazo divide-os em **próprios** e **impróprios**. Os primeiros são preclusivos, *i.e*., se não realizados no prazo determinado não mais poderão ser praticados. É o que ocorre, normalmente, com os prazos estabelecidos para as partes (art. 223, que ressalva a hipótese de o não cumprimento se dar "por justa causa"). Assim, por exemplo, se a sentença tiver sido desfavorável para uma das partes e ela pretender interpor apelação, deverá fazê-lo no prazo legal (15 dias), sob pena de perder a oportunidade. Já no caso dos impróprios, seu descumprimento não significará perda da oportunidade de praticá-lo. É o que normalmente ocorre com os prazos estabelecidos para cumprimento pelo juiz. Desse modo, se o juiz não proferir a sentença dentro de trinta dias, como dispõe o art. 226, III, nem por isso ficará impedido de sentenciar. O não cumprimento de prazos como esse, pelo juiz, eventualmente poderá ter repercussão fora do processo (ex.: art. 93, II, *e*, CF), mas não importará em preclusão.[19] Conforme bem observa Cândido Dinamarco, embora os prazos das partes sejam normalmente próprios, há hipóteses de prazo da parte que não é preclusivo. Assim, o advogado que não restitui os autos no prazo legal, embora suporte as sanções do art. 234, não fica desobrigado de efetuar a devolução.[20]

Estabelecidas, destarte, as principais distinções conceituais em matéria de prazos, cabe, agora, verificar como funciona a contagem dos prazos. Em primeiro lugar, comecemos por distinguir os conceitos de *contar* e *correr*. Um prazo corre, isto é, flui, a partir do seu início (termo *a quo* ou inicial). A sua contagem, porém, deverá ocorrer a partir do momento em que se completa a primeira unidade temporal, se não ocorrer algum fator que dilate a sua contagem. Se a parte é intimada na data de hoje da sentença proferida, o termo inicial do prazo para apelar é precisamente a data de hoje. Obedecendo, porém, a regra do art. 224, *caput* ("salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento"), sua contagem se iniciará na data de amanhã. Se amanhã for sábado, porém, em atendimento ao disposto no § 3º do mesmo artigo, começaremos a *contar* o prazo na segunda-feira (que é o primeiro dia útil seguinte à data da intimação).

O roteiro a ser seguido para a contagem de prazo seria basicamente o seguinte:

1º Devemos identificar qual é o *termo inicial do prazo*. Como regra, o termo inicial é a data da intimação. No caso, porém, da citação, o termo inicial segue o disposto no art. 231 (juntada do mandado aos autos etc.). Na maioria dos casos, a intimação se dá na pessoa do advogado, através da publicação na imprensa oficial. Se a publicação se der no Diário da Justiça eletrônico, considera-se data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da inserção da informação na internet (art. 4º, Lei 11.419/2006 e art. 224, § 2º, CPC).[21] Observe-se que no caso de *intimação eletrônica* (possibilidade criada pela Lei 11.419, a depender de cadastramento), tem-se como efetivada a intimação na data em que o intimando consultar do seu teor (art. 5º, § 1º, da lei), sendo que se se tal ocorrer em dia não útil, considerar-se-á efetivada no primeiro dia útil seguinte (art. 5º, § 2º). Se o intimando não efetuar a consulta dentro de dez dias corridos da data do envio da intimação para o portal, dessa data será tido por intimado (art. 5º, § 3º).

2º Começamos a contar o prazo a partir da primeira unidade temporal após o termo inicial, como explicamos acima. Se o termo inicial é hoje, começo a contar a partir de amanhã (art. 224, *caput* – como ali consta, "[…] excluindo-se o dia do começo […]").

3º A regra de contagem a partir do dia seguinte não prevalece se se tratar de sábado, domingo ou feriado, quando, então, a contagem passará a ser feita a partir do primeiro dia útil seguinte (art. 224, § 3º). Desse modo, se a intimação se der hoje, uma sexta-feira e a segunda-feira seguinte for feriado, teremos a terça-feira como o primeiro dia da *contagem* do prazo.

4º O prazo cuja contagem já se iniciou prossegue normalmente até o dia do vencimento (na contagem, segundo o art. 224, *caput*, inclui-se "[…] o dia do vencimento.") Observe-se que no NCPC, ao contrário do direito anterior em que os prazos eram contínuos, **serão computados apenas os dias úteis** (art. 219). Essa regra, porém, é aplicável apenas aos prazos processuais, e não aos de direito material (parágrafo único do art. 219). Se, porém, no último dia da contagem do prazo o

> expediente for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica, o vencimento ficará prorrogado para o primeiro dia útil seguinte (art. 224, § 1º).
> 5º A superveniência do recesso forense (de 20 de dezembro a 20 de janeiro) suspende o curso dos prazos (art. 220), *i.e*., findo o período ele continua a ser contado considerando-se o tempo já decorrido. Assim, se o prazo era de quinze dias e transcorreram cinco antes da superveniência do recesso, teremos apenas mais dez dias a serem contados a partir do primeiro dia útil depois de terminado o período de suspensão.
> 6º Também teremos suspensão do prazo nos casos do art. 313, ou em virtude de obstáculo criado pela parte (art. 221).
> 7º Interrupção do prazo, *i.e*., a contagem volta ao seu início, no caso da interposição de embargos de declaração, em relação a outros recursos cabíveis (art. 1.026).

Além desse mecanismo operacional básico, devemos levar em conta algumas regras especiais em matéria de prazo e de contagem de prazo. Assim, temos ainda que considerar que: (a) na hipótese de nem a lei nem o juiz estipular prazo para a parte praticar um determinado ato, entende-se que será de cinco dias (art. 218. § 3º); (b) no caso de ser parte a Fazenda Pública ou o Ministério Público, o prazo para se manifestar nos autos será contado em dobro (arts. 183 e 180); (c) no caso de litisconsortes com procuradores de escritórios de advocacia diferentes, o prazo para todas as suas manifestações será contado em dobro (art. 229, *caput*), ressalvado o caso de os autos serem eletrônicos, quando a contagem será normal (art. 229, § 2º); (d) se não fixado outro prazo, a parte só está obrigada a comparecer 48 horas após intimada (art. 218, § 2º).

Advirta-se, ainda, que a lei processual na maioria dos casos prevê prazos de dias, mas, em alguns casos, a unidade temporal é outra. Assim, nos prazos de anos, meses e horas valemo-nos do disposto no Código Civil, art. 132: (a) se o prazo é estipulado em anos, conta-se um ano no mesmo dia do ano subsequente (se o termo inicial é 22 de junho de 2015, o prazo de um ano se encerrará em 22 de junho de 2016); (b) se o prazo é fixado em meses, a mesma coisa (assim, o prazo de um mês, tendo como termo inicial 25 de julho, encerra-se em 25 de agosto, não importando o fato de julho ter 31

dias); (c) se o prazo é estabelecido em horas, sua contagem se dá minuto a minuto.

Finalmente, encontramos no Código de Processo Civil alguns dispositivos referentes à verificação de prazos e penalização em caso de inobservância. Aqui devemos lembrar, por oportuno, a divisão de prazos próprios e impróprios. Com relação aos prazos próprios o seu não cumprimento acarreta a preclusão, como já vimos. E os impróprios? Para o seu não cumprimento o CPC reserva algumas sanções. Se o serventuário da justiça o descumpre, o juiz, constatada a falta, deverá instaurar procedimento administrativo (art. 233, § 1º). Se é o juiz quem descumpre o prazo, poderá a parte, a Defensoria Pública ou o órgão do Ministério Público representar contra ele ao Corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça (art. 235).

No caso específico do advogado que não restitui os autos no prazo do ato a ser praticado, poderá a devolução dos autos ser exigida por qualquer interessado (art. 234, § 1º). Se, mesmo intimado, não devolver os autos dentro do prazo de três dias, perde o direito à vista fora do cartório e está sujeito a multa correspondente a metade do salário-mínimo (art. 234, § 2º), sem prejuízo da comunicação à OAB para instauração do correspondente procedimento disciplinar (art. 234, § 3º).

21.4. ATO PROCESSUAL E PRECLUSÃO

A constatação de que os atos processuais estão sujeitos a prazos, e que muitos desses prazos são próprios, isto é, se não observados, a sua prática não será mais possível, nos remete ao instituto da preclusão.

A palavra preclusão vem do latim “praeclusio” (prae = antes + claudere = fechar). Evoca, portanto, a ideia de fechar, encerrar. A preclusão é, portanto, como um fechar de porta. Aquele ato não pode ser mais praticado. A preclusão, como é fácil perceber, tem papel importante tanto no tocante à celeridade processual quanto no atinente à segurança jurídica.

Chiovenda foi o grande sistematizador do instituto, a quem inclusive devemos o nome preclusão. Para ele, a preclusão seria “*a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual*”.[22]

Foi Chiovenda quem identificou três razões para a ocorrência de

preclusão:[23]

> "(…) não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções".
>
> "(…) se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença."
>
> "(…) já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)."

A doutrina brasileira adotou essas três espécies de preclusão e, por influência de José Frederico Marques, passou a tratá-las, respectivamente, com os nomes de temporal, lógica e consumativa.[24]

A identificação dessas três espécies de preclusão sempre foi clara entre nós. Se a parte perde o prazo para contestar, por exemplo, ocorre a preclusão temporal. Se, por exemplo, cumpre a sentença sem ressalvas, não poderá recorrer por ter ocorrido preclusão lógica (art. 1.000, parágrafo único). Ainda a título exemplificativo, se a parte contesta no décimo dia do prazo (a lei lhe faculta quinze), já esgotou a prática do ato de contestar, e, portanto, não pode mais complementar a contestação em virtude da preclusão consumativa. Entretanto, a redação do art. 223 do novo Código trouxe uma dúvida no seio da doutrina. Referido dispositivo concerne ao fato de o decurso do prazo extinguir "o direito de praticar ou de emendar o ato processual", o que levou alguns autores a concluir que dentro do prazo sempre haveria a possibilidade de corrigir o ato praticado, o que acabaria com a preclusão consumativa. Não nos parece que assim o seja. Concordamos com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini quando afirmam que tal preceito legal não significa autorização geral para corrigir todo e qualquer ato praticado, sendo aplicável apenas nos casos específicos em que existe norma autorizando a correção.[25]

Finalmente, registre-se, a par da preclusão no sentido clássico, relativo à atividade das partes, existir uma preclusão sobre as questões resolvidas no processo, que se direciona ao juiz.[26] Apenas a título de exemplo, veja-se que, em princípio, o juiz, após publicada a sentença, não mais poderá alterá-la (art.

494).

21.5. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO PROCESSUAL. OS VÍCIOS DO ATO PROCESSUAL

Como foi falado anteriormente, o ato processual é espécie de ato jurídico. Sendo espécie de ato jurídico, podemos estudá-lo a partir do ponto de vista de três planos distintos, quais sejam, o da existência, da validade e da eficácia do ato. Quando tratamos da existência, cuidamos de verificar se os elementos absolutamente nucleares estão presentes. Se a questão é a validade, trata-se de verificar se os requisitos de modo, tempo e forma foram observados. Finalmente, a eficácia – que é a aptidão para o ato produzir efeitos.[27]

Apenas para ilustrar, vejamos o ato processual sentença analisado sob a perspectiva de cada um dos planos.

Sabe-se, conforme já foi destacado anteriormente, que a sentença é ato que procede do juiz. Isso lhe é nuclear, essencial, sem o qual nem se pode dizer que existe a sentença. Se o ato contém todos os requisitos de forma (relatório, motivação, dispositivo), está encartado nos autos do processo e, enfim, tem toda a aparência de sentença, mas não foi proferido por juiz, esse ato *não existe* como sentença. É uma não sentença e, a qualquer momento que se aperceba desse fato, a conclusão será a mesma: não existe (quer dizer, não existe como ato jurídico sentença).

Imaginemos essa mesma sentença, proferida por um magistrado, regularmente investido, estando devidamente assinada e apresentada como tal, mas sem que tenha sido observada a exigência constitucional de motivação (art. 93, IX). Esse ato será existente, sem dúvida, mas *nulo*, por expressa determinação do legislador constitucional.

Finalmente, para continuar o mesmo exemplo da sentença, imaginemos que ela existe, observou os requisitos legais (é válida), mas implicou condenação, também, de uma pessoa que não era parte no processo. Ora, no tocante a essa pessoa que não era parte, a sentença não produzirá efeito, não terá *eficácia*.[28]

Sabemos que esse assunto de um modo geral, e a categoria da

inexistência de modo particular, é bastante controverso. Entendemos, porém, que na análise da temática do ato processual não podemos prescindir da identificação desses três planos. Embora haja naturalmente uma correlação entre a ocorrência de um plano e os reflexos no outro (ex.: o ato foi privado de eficácia por ter sido declarado nulo), a percepção desses três ângulos diferentes tem importantes repercussões práticas.

Basta ter presente que o ato processual nulo precisa ser judicialmente reconhecido como tal, na forma e prazos legais, sob pena de continuar a produzir efeitos. Já o ato processual inexistente, a despeito de sua aparência, pode, a qualquer momento, ser reconhecido como não ato. Como corretamente observa Eduardo Talamini,[29] *"as sentenças de mérito inválidas, como são aptas a revestir-se da coisa julgada, devem ser impugnadas pelos meios adequados: recursos e ação rescisória. Exaurida a possibilidade de emprego de tais meios – seja porque não utilizados oportunamente, seja porque usados sem sucesso – o defeito da sentença torna-se irrelevante"*. Já se o problema diz respeito à existência, não há que se falar em convalidação.

Quanto à nulidade, novamente temos opiniões divergentes na doutrina. Moniz Aragão,[30] por exemplo, fala em nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, estabelecendo uma gradação entre tais vícios: (a) para violação a norma estabelecida em função de interesse público; (b) para violação a norma *cogente* estabelecida em função de interesse da parte; e (c) para violação de norma *dispositiva* estabelecida em função de interesse da parte.

De nossa parte, preferimos a classificação adotada por Cândido Dinamarco, que, seguindo Liebman,[31] entrevê nulidades absolutas e relativas. Para Cândido Dinamarco,[32] não há que se falar em anulabilidade porque em processo civil o ato viciado produz efeito enquanto não declarado nulo. No direito material faz sentido falar em ato anulável (*i.e.*, que pode ser anulado) em oposição a nulidades de pleno direito (*i.e.*, o ato nunca produziu efeitos). Nessa perspectiva, temos no direito processual apenas nulidades absolutas e relativas. As nulidades absolutas são aquelas em o vício consiste em violação de norma de ordem pública, podendo ser reconhecidas e decretadas por provocação da parte (mesmo daquela que deu causa) ou de ofício. As nulidades absolutas podem ser cominadas (aquelas em que a lei expressamente aponta que o descumprimento gera nulidade) ou não cominadas (também chamadas de *sistemáticas).* Note-se que o fato de ser absoluta, significando conter vício considerado grave, não quer dizer "de

pleno direito". Em outras palavras, diferentemente do que ocorre no direito material, a nulidade, mesmo a absoluta, tem que ser expressamente decretada para que o ato seja privado de efeitos. O ato processual, por mais grave o vício que contenha, não pode ser simplesmente ignorado. Já as nulidades relativas dizem respeito a vício a norma dispositiva, estabelecida tendo em vista primordialmente o interesse da parte. Assim, é vício que depende de arguição da parte lesada (não de quem deu causa), e não pode ser reconhecido de ofício. A nulidade relativa normalmente é não cominada, mas não se exclui a possibilidade de nulidades relativas cominadas.

A doutrina normalmente destaca, ainda, a existência de meras irregularidades. De fato, há vícios, *i.e.*, não observância de exigências formais, que não apresentam gravidade alguma. É o caso da falta de aposição de número em folha dos autos, por parte do escrivão ou chefe de secretaria (art. 207, *caput*).

O regime jurídico das nulidades no CPC é fortemente inspirado na consideração à finalidade do ato e, consequentemente, no princípio da instrumentalidade das formas. A regra de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*) é, também, em última análise, expressão do princípio da instrumentalidade das formas. Afinal, como vimos, as formas são estabelecidas para proporcionar garantias às partes de que o processo será desenvolvido adequadamente, em condições de favorecer a realização da justiça. Ora, se um determinado requisito formal foi criado para que a parte não seja prejudicada, por exemplo, no seu direito de defesa, e, naquele caso concreto, embora a exigência de forma não tenha sido cumprida, a parte pôde exercer plenamente o contraditório, não há motivo para reputar nulo o ato. O objetivo para o qual a norma foi criada foi atingido e é isso o que realmente importa. O NCPC, aliás, revela em vários dispositivos que não se deve privilegiar a forma pela forma, estabelecendo inclusive um dever do juiz de sanar, sempre que possível, os vícios processuais (art. 139, IX).

Estabelecidas tais bases, podemos analisar especificamente as normas a respeito de nulidades trazidas pelo CPC. A primeira delas estipula que a nulidade não pode ser decretada pelo requerimento de quem deu causa a ela (art. 276). Essa regra, naturalmente, só se aplica para as nulidades relativas, visto que no caso das absolutas seu reconhecimento pode se dar de ofício (e, assim, se sua decretação pode ocorrer de ofício, naturalmente pode ser por provocação de quem quer que atue no processo).

Quanto ao disposto no art. 277, trata-se novamente de pura expressão do princípio da instrumentalidade das formas. Realmente, como ali se expressa, se a forma prescrita para um ato processual não tiver sido observada, mas a finalidade do ato tiver sido atingida, não há que se falar em nulidade. Reportamo-nos ao que havíamos explicado anteriormente, que a forma é muito importante no processo, mas na medida, e apenas na medida, em que serve a uma finalidade. Tendo sido atingida a finalidade, a forma perde a importância. Observe-se que essa regra deve permear toda a disciplina de nulidades, cominadas ou não.

O art. 278, por sua vez, bem expressa a distinção prática das nulidades absolutas e relativas. No tocante às relativas, como diz o *caput*, cabe à parte (entenda-se, a parte prejudicada) apontar o vício. Caso não o faça na primeira oportunidade, ocorrerá preclusão, *i.e.*, perde-se a oportunidade de alegar o vício, ficando o ato convalidado. Naturalmente, como estipula o parágrafo único, a preclusão não irá operar se a parte não tiver indicado o vício em virtude de algum legítimo impedimento ("evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato" – art. 223, § 1º). Quanto às nulidades absolutas, como o interesse é da boa administração da justiça, matéria de ordem pública, o juiz pode – e deve – conhecer de ofício, não ficando sujeita à preclusão pela não alegação na primeira oportunidade (art. 278, parágrafo único).

Prossegue o Código estabelecendo ser nulo o processo em que o Ministério Público não tenha sido intimado para atuar no processo nos casos em que sua intervenção for obrigatória (art. 279, *caput*). Como já vimos, o Ministério Público pode atuar no processo na qualidade de parte na demanda (autor) ou como fiscal da lei (sendo que parte da doutrina ainda identifica uma atuação do Ministério Público como assistente da parte). Esse artigo não diz respeito aos casos em que o MP estiver atuando como parte na demanda,[33] mas apenas quando estiver agindo como fiscal da lei (ou, para quem assim entende, nas situações em que esteja como assistente da parte). Trata-se de nulidade absoluta, visto que a presença do Ministério Público como *custos legis* visa a atender interesse público. Tanto se trata de nulidade absoluta que o legislador elege como uma das hipóteses que ensejam ação rescisória a não intervenção do MP nos casos em que sua presença era obrigatória (art. 967, III, *a*). O NCPC, porém, inovando em relação ao direito anterior, deixa expresso que só irá ser decretada a nulidade após a intimação do Ministério Público, que irá se manifestar sobre a ocorrência ou não de prejuízo (art. 279,

§ 2º). De fato, como foi observado anteriormente, não há nulidade sem prejuízo. Assim, por exemplo, que a causa verse sobre interesse de incapaz e o MP não tenha sido ouvido. Se o incapaz teve êxito completo na demanda, não há razão para se decretar nulidade.

Outra nulidade cominada pelo Código é a prática do ato citatório ou intimatório em desconformidade com o modelo legal (art. 280). Essa mesma regra já podia ser depreendida da própria disciplina do Código em matéria de citação e intimação e correspondentes formalidades, encontrada nas seções anteriores. A imposição de nulidade não é nenhuma surpresa, visto que da comunicação dos atos processuais, como já exposto, depende o próprio contraditório, que é princípio fundamental em processo civil. No tocante especificamente à falta de citação, parte significativa da doutrina acredita que se trata não de nulidade do processo, mas de verdadeira inexistência. O raciocínio é fundado no fato de que sem a citação a relação jurídica processual não se completa e, consequentemente, o processo não chega a conter os seus elementos nucleares que autorizariam a considerá-lo como tal. Parece-nos, porém, ser mais adequado, diante do nosso sistema processual, identificar uma nulidade (absoluta) no processo que se desenvolveu sem a citação do réu. Isso porque temos hipóteses em que – sem qualquer irregularidade – o processo é extinto, com resolução do mérito, mesmo sem ter havido citação (improcedência liminar nos casos do art. 332). Se o processo foi extinto é porque ele existia, o que confirma a tese de que a existência do processo não depende da citação. Isso não quer dizer, porém, que o réu terá que suportar os efeitos do processo de que não teve oportunidade de participar, caso haja sentença transitada em julgado e o prazo da ação rescisória tenha escoado. Se ele não foi citado, a sentença de procedência não produzirá efeitos em relação a ele, será *ineficaz* com relação a ele. Essa ineficácia poderá ser oposta a qualquer tempo.[34]

Consagra, ainda, o CPC (art. 281), em matéria de nulidades, o chamado efeito expansivo (também conhecido como princípio da causalidade[35]), isto é, a nulidade de um ato pode contaminar os outros, que consequentemente também poderão ser invalidados. Essa possibilidade é decorrência natural do fato de que o processo envolve um encadeamento de atos, o que provoca, muitas vezes, uma relação de interdependência. Assim, *v.g.*, a nulidade do ato citatório naturalmente repercutirá no ato futuro do juiz que considerou o réu revel e determinou o julgamento antecipado do mérito (art. 355, II). Desse modo, em se tratando de nulidade processual, devemos considerar não apenas

a nulidade *original* (do ato praticado com desobediência às regras de forma), mas também a eventual nulidade *derivada*, dos atos posteriores que dele dependam. Mas, notem, apenas dos atos que **dependam do ato anterior**. A nulidade de uma perícia não implicará, em princípio, nulidade da prova testemunhal. Mais do que isso, no próprio ato viciado só se anulará a parte que não possa ser aproveitada. É a conhecida parêmia "*utile per inutile non vitiatur*" (o útil não é viciado pelo inútil). Esse dispositivo é reflexo das exigências de economia processual e está inserido no que parte da doutrina chama de "subprincípio do aproveitamento dos atos processuais".[36] Nesse mesmo contexto é que deve ser analisado o disposto no § 1º do art. 279, determinando a anulação dos atos praticados no processo a partir do momento em que o MP deveria ter sido intimado, nos casos de interveniência obrigatória daquele órgão. Serão anulados apenas os atos que tenham relação de dependência com o ato viciado.

Considerando tudo quanto foi exposto, caberá ao juiz, ao reconhecer alguma nulidade, declarar expressamente quais os atos alcançados pela nulidade (art. 282, *caput).* Reconhecida a nulidade (original ou por derivação), trata o Código de determinar a sua repetição. Esse mesmo art. 282, em seus parágrafos, reafirma a regra de que não há nulidade sem prejuízo. Primeiro, dizendo expressamente que o ato não será repetido se não houve dano à parte (§ 1º). Reflexo dessa regra geral é o disposto no art. 239, § 1º, que considera suprida a nulidade de citação se o réu ou executado comparece espontaneamente. Depois, permitindo relevar a nulidade se o juiz for julgar a favor da parte inocente (§ 2º).

Finalmente, o art. 283, estabelecendo que o erro de forma não provoca a nulidade do processo, mas, apenas, a prática de atos processuais que forem necessários para obediência das formalidades legais. Isso permite ao juiz corrigir, por exemplo, o procedimento erroneamente indicado pelo autor. Essa correção limita-se, naturalmente, aos erros de forma do processo e nunca ao pedido (que deve ser formulado pela parte) ou ao tipo de processo (que interfeririam no próprio pedido). Destaque-se que o parágrafo único acaba fornecendo ao juiz um parâmetro para que ele possa concluir se naquele processo os atos viciados podem ou não ser aproveitados (o aproveitamento não pode jamais resultar em prejuízo para a defesa).

21.6. COMUNICAÇÃO DOS ATOS

PROCESSUAIS



21.6.1. Generalidades sobre comunicação dos atos processuais

Os atos processuais ocorrem no âmbito do processo e, para que surtam os efeitos deles esperados, é imprescindível que as partes e demais envolvidos com o processo tenham ciência daquilo que nele ocorre. Nesse contexto é que se fala na *comunicação* dos atos processuais – seja para que se faça algo, que se deixe de fazer ou que simplesmente se tenha ciência de algo. Para tanto, o Código prevê a existência de uma série de mecanismos para que haja essa informação às partes e demais envolvidos, que serão a seguir expostos e explicados.

Para a prática de atos processuais fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca e da seção ou da subseção judiciárias, necessária a expedição de cartas. O novo CPC prevê, para tanto, a expedição de quatro modalidades de cartas (art. 237), três delas já existentes no sistema anterior (carta precatória, carta rogatória e carta de ordem), além de uma novidade (carta arbitral), que serão adiante abordadas.

Não se pode deixar de assinalar, ainda, a previsão da prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro meio de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que pode acabar se mostrando bastante útil (NCPC, art. 236, § 3º).

É o que pode ocorrer quando da necessidade de oitiva de uma das partes ou de uma testemunha que esteja em outra comarca e, portanto, desobrigada a se deslocar à comarca onde se processa a demanda para o dia da audiência.

Nesses casos, o depoimento ou a oitiva da testemunha habitualmente se dá através da expedição de carta precatória, pela qual o juízo do feito (deprecante) solicita ao juízo da outra comarca (deprecado) onde se encontra a parte ou a testemunha para que faça essa oitiva.

Não se pode negar, contudo, que a prova oral colhida dessa maneira sofre uma significativa perda de qualidade. Afinal, depoente ou testemunha será ouvida em outra comarca e por juiz diferente daquele que vai julgar a causa, que remeterá ao juízo deprecante a transcrição das perguntas formuladas e das respostas ofertadas por aquele que foi ouvido.

Diz-se que ocorre uma inegável perda de qualidade porque, se a oitiva ocorresse perante o juízo do feito, este poderia, com sensibilidade e experiência, avaliar pelo comportamento do depoente ou da testemunha se as respostas eram dadas com segurança, a ponto de merecer credibilidade, ou se a insegurança identificada na postura era sugestiva insinceridade. No entanto, quando apenas recebe a transcrição do que ocorreu no juízo deprecado, o juízo deprecante fica impossibilitado de fazer essa análise.

Para minimizar essa situação e garantir mais qualidade à prova oral ainda quando aquele que será ouvido se encontra em outra comarca, o novo diploma autoriza que essa oitiva se dê por meio de videoconferência, até mesmo durante a própria audiência de instrução e julgamento (arts. 385, § 3º, e 453, § 1º).

Nessa hipótese, embora o juiz da causa não esteja no mesmo ambiente que a pessoa que é ouvida, ele estará diante da imagem dela e poderá participar da colheita da prova. O que, como acima se disse, pode garantir mais qualidade à prova colhida dessa forma, em relação à sua produção tradicional por carta precatória, que, diga-se, não é aposentada no novo diploma.

21.6.2. Da citação

Em relação aos meios de comunicação dos atos do processo, destinado às partes, advogados, auxiliares do juízo e, eventualmente, terceiros, o NCPC conhece basicamente a citação e a intimação.

Citação é o ato pelo qual o réu, executado ou interessado é convocado para integrar a relação processual (art. 238), representando verdadeiro

pressuposto processual de existência do processo, razão pela qual, na sua falta, correto afirmar que o processo sequer existe juridicamente. Contudo, a existência de citação não basta, é necessário que ela seja válida, encontrando-se aí um pressuposto de validade do processo. Convém ressalvar, todavia, que, mesmo que a citação apresente vício, ficará este suprido com o comparecimento espontâneo do réu ou do executado.[37]

A citação válida, além de dar notícia ao requerido da propositura de uma demanda judicial em face dele, chamando-o para exercer sua garantia constitucional ao contraditório, produz litispendência, provoca a litigiosidade da coisa e põe o devedor em mora, efeitos esses que se verificam mesmo que ordenada por juízo incompetente (NCPC, art. 240).

Pois bem, distribuída a petição inicial, necessário seja feito o denominado juízo de admissibilidade desta, em que o juiz avaliará se ela reúne condições para provocar a prestação da tutela jurisdicional pretendida. Se a petição inicial estiver em ordem, fará o juízo positivo, determinando a citação do réu. Em caso de juízo negativo, indeferirá a petição inicial, por meio de sentença que põe fim à demanda. Ou então, se a petição inicial apresentar vícios, mas que possam ser corrigidos, será proferido o juízo de admissibilidade neutro, pelo qual se atribui prazo de 15 dias para o autor fazer as emendas ou complementações necessárias na petição inicial. Se forem realizadas, o juiz determinará a citação do réu. Deixando o autor de cumprir a ordem, a inicial será indeferida pelo juiz (NCPC, art. 321).

Portanto, a ordem de citação do réu depende de o juízo de admissibilidade da petição inicial ser positivo, pois, caso contrário, o juiz a indeferirá, antes mesmo de promovida a citação. Da mesma forma, na hipótese da improcedência liminar do pedido, a sentença será proferida independentemente da citação do réu (NCPC, art. 332). Por essa razão, afirma o NCPC ser indispensável a citação do réu ou do executado para a validade do processo, “ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido” (NCPC, art. 239).

Em ambos os casos, todavia, na hipótese de ser interposto recurso de apelação pelo autor, o réu será então citado para oferecer resposta (NCPC, arts. 331, § 1º, e 332, § 4º). De outro lado, caso não seja oferecido recurso e transite em julgado a sentença de mérito proferida em favor do réu sem que este tenha sido citado para o feito, será necessário comunicar a este último o resultado do julgamento (NCPC, art. 241). Da mesma forma, a comunicação

do trânsito em julgado da sentença também deverá ser feita ao réu na ausência de recurso pelo autor do indeferimento da inicial (art. 331, § 3º).

A interrupção da prescrição, que ocorrerá ainda que a citação seja ordenada por juízo incompetente, retroagirá à data da propositura da ação. Sobre o tema, assim prevê o Enunciado 136 do FPPC: "A citação válida no processo judicial interrompe a prescrição, ainda que o processo seja extinto em decorrência do acolhimento da alegação de convenção de arbitragem".

Entretanto, para que a interrupção da prescrição ocorra, necessário que o autor tome, no prazo de 10 dias, as providências necessárias para que a citação possa ser realizada. Adotadas essas providências, o autor não poderá ser prejudicado pela demora nos serviços judiciários, como ressalva expressamente o NCPC, art. 240, § 3º, e já vinha consagrado na Súmula 106 do STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Esse efeito retroativo, acrescenta o NCPC (art. 240, § 4º), também alcança o prazo de decadência e outros prazos extintivos previstos em lei.

Em regra, a citação será pessoal, mas também poderá ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, desde que este tenha poderes especiais para recebê-la. Excepcionalmente, admite-se a citação na pessoa do administrador, preposto ou gerente, na hipótese de a ação se originar de atos que tenham sido por eles praticados. Também prevê o NCPC a hipótese excepcional de citação do locador na pessoa do administrador responsável pelo recebimento dos aluguéis, que poderá representar o locador em juízo, caso este esteja fora do Brasil e não tenha informado ao locatário que deixou no local de situação do imóvel procurador com poderes para receber citação.

A citação será realizada no local em que se encontre o réu, executado ou interessado, mas ressalva o NCPC que o militar na ativa deverá ser citado onde estiver em serviço, caso desconhecida a sua residência ou nela não for encontrado (NCPC, art. 243).

Em respeito ao momento, o réu não será citado durante culto religioso; no dia do falecimento do seu cônjuge, companheiro ou parente (consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral em segundo grau) e nos 7 dias seguintes; nos 3 primeiros dias seguintes ao seu casamento; quando ele estiver doente, enquanto se encontrar em estado grave.

Ressalva o NCPC a possibilidade de realização da citação mesmo nessas

hipóteses, se a prática do ato for necessária para evitar perecimento do direito. Claro que a citação do doente em estado grave depende da possibilidade de seu estado não impedir que tenha consciência do ato praticado, das suas consequências e das providências que terá que adotar.

Afinal, diz o art. 245 que, se a situação o tornar mentalmente incapaz ou impossibilitado de receber a citação, esta não poderá ser realizada. Se esse for o caso, competirá ao oficial certificar o ocorrido e a condição do citando será avaliada por meio de laudo produzido por médico nomeado pelo juiz, ou por declaração de médico do citando atestando a incapacidade deste, o que dispensa a nomeação de médico pelo juiz.

Confirmada essa condição, será necessário que o juiz nomeie um curador ao citando específica e exclusivamente para essa demanda, observando-se a preferência estabelecida em lei. A citação será feita na pessoa desse curador, que deverá cuidar dos interesses do citando perante a demanda.

A citação poderá ser feita por cinco formas (NCPC, art. 246):

- correio,
- oficial de justiça,
- escrivão,
- edital ou
- meio eletrônico.

A *citação por escrivão ou chefe de secretaria* ocorrerá se o citando comparecer em cartório (NCPC, art. 246, III).

O NCPC prevê ainda, no tocante às empresas (salvo microempresas e empresas de pequeno porte), que tanto as empresas públicas como as privadas deverão manter *cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos*, para efeito de recebimento de citações e intimações, que serão efetuadas preferencialmente por esse meio (NCPC, art. 246, § 1º). Estão incluídos nessa regra a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e as entidades da administração indireta (NCPC, art. 246, § 2º).

21.6.2.1. Da citação pelo correio.

A *citação por correio* será a regra, salvo em algumas situações nas quais

o legislador busca mais segurança e, por isso, afasta a possibilidade de citação por essa forma. São as seguintes hipóteses: ações de estado, quando o citando for incapaz, pessoa de direito público ou residir em local não atingido pelo serviço postal (NCPC, art. 247, I, II, III e IV). Neste último caso, há obviamente verdadeira impossibilidade fática de realização da citação por via postal.

Também não se realizará a citação por correio se o autor, desde a petição inicial, requerer, de forma justificada, que ela seja feita de outra forma (NCPC, art. 247, V).[38]

Nessa modalidade de citação, serão remetidas ao citando – por meio de carta registrada cujo recebimento deverá ser assinado pelo destinatário – cópias da petição inicial e do despacho citatório, comunicando-se ao citando o prazo de que dispõe para responder, o endereço do juízo e respectivo cartório, devendo também constar da carta os requisitos exigidos para o mandado de citação, relacionados no art. 250.

Quanto à citação de pessoa jurídica pelo correio, era forte o entendimento, na vigência do CPC/1973, que ela se reputava válida ainda que o Aviso de Recebimento não fosse firmado por quem tivesse poder de representação da sociedade, sendo suficiente o recibo dado pelo funcionário que habitualmente recebe a correspondência destinada à mesma.

Tal entendimento, que até então tinha suporte na jurisprudência, passa agora a ter fundamento no próprio texto da Lei, uma vez que o NCPC consagra a posição até então predominante, esclarecendo expressamente que, sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a funcionário responsável pelo recebimento da correspondência (art. 248, § 2º).[39]

Contudo, no que diz respeito à citação da pessoa física por via postal, o NCPC adotou posição diferente daquela que, na vigência do CPC/1973, predominava na doutrina e na jurisprudência. Estas, quando em vigor o diploma revogado, defendiam que a validade da citação de pessoa física pelo correio dependia da assinatura do aviso de recebimento pelo destinatário da carta, de próprio punho.

Certo é que tal posição então predominante criava embaraços ao cumprimento da citação, especialmente nos grandes centros, onde substancial parcela da população reside em condomínios de apartamentos. Nestes, o carteiro é habitualmente atendido pelo porteiro ou zelador, que recebe a

correspondência e firma o respectivo Aviso de Recebimento.

Por essa razão, para facilitar a citação pelo correio da pessoa física, optou o legislador por estabelecer no NCPC que, “nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência” (art. 248, § 4º).

Acrescenta o dispositivo legal que o funcionário da portaria poderá recusar o recebimento da correspondência, declarando, por escrito e sob as penas da lei, que o destinatário está ausente (art. 248, § 4º). Por ausência, quer-se identificar situação em que o destinatário não vem comparecendo ao local, e não uma mera ausência momentânea.

Contudo, se considerarmos que nem sempre o funcionário dispõe dessa informação, bem possível que deixe de declarar tal situação, dando espaço para futuras discussões a respeito da validade da citação realizada.

21.6.2.2. Da citação por oficial de justiça

Embora a citação seja em regra realizada pelo correio, não se descarta realizá-la por oficial de justiça, quando não for possível a citação pela primeira forma ou quando esta for infrutífera (NCPC, art. 249).

Para cumprimento da citação pelo oficial de justiça, é expedido o mandado que conterá (I) os nomes das partes e seus domicílios e residências; (II) finalidade da citação, com as especificações da petição inicial e indicação do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar execução; (III) sanção para o descumprimento da ordem, se houver; (IV) se for o caso, intimação do citando para comparecer com o seu advogado ou defensor público à audiência de conciliação ou mediação designada, com a imprescindível indicação de dia, hora e local da sua realização; (V) cópia da petição, do despacho ou de decisão concessiva da tutela provisória; (VI) assinatura do escrivão ou do chefe da secretaria.

No que diz respeito à indispensável indicação do prazo para contestar ou embargar a execução, tal ocorre porque sendo o mandado dirigido à parte, normalmente leiga, a informação é necessária para que ela tenha conhecimento do prazo de que dispõe para tomar as providências necessárias

para se fazer representar e ser defendida nos autos. Por isso também necessário deixar claro o risco de configuração da revelia. Tudo sob pena de a citação ter de ser repetida ou de se ter que aceitar a defesa intempestiva.

A citação por oficial de justiça pode ocorrer da forma mais usual, que é a efetiva entrega do mandado pelo oficial de justiça ao citando. Nessa ocasião, o oficial fará a leitura do mandado e a entrega da contrafé, informando se o citando a recebeu ou se recusou tal contrafé, e pegará o ciente deste último, ou certificará a recusa do mesmo em dá-la.

No entanto, também será realizada pelo oficial de justiça a *citação por hora certa*. O oficial de justiça poderá proceder a essa citação quando, por *duas vezes*,[40] tiver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar. Havendo suspeita de ocultação, intimará qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação na hora que designar (NCPC, art. 252).

Por sua vez, na citação por hora certa de moradores de condomínios edilícios ou loteamentos com controle de acesso, será válida essa intimação feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência (NCPC, art. 252, parágrafo único).

Assim, o oficial comparecerá ao domicílio ou residência do citando no dia e na hora designados, sendo certo que, caso o citando não esteja presente, o oficial solicitará informações a respeito da ausência e dará por feita a citação, ainda que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado também não esteja presente ou se recuse a receber o mandado.

Convém acrescentar que, quando a citação se der por hora certa, caberá ao escrivão ou ao chefe da secretaria enviar ao réu, executado ou interessado, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe ciência da citação realizada nessas condições (NCPC, art. 254). Imprescindível a providência, uma vez que o art. 280 diz ser nula a citação realizada sem a observância das exigências legais. Todavia, pertinente assinalar, o prazo para resposta se conta da juntada do mandado de citação cumprido, e não da comunicação aqui referida ou da comprovação da sua realização nos autos. Em caso de revelia, será necessário nomear um curador especial ao réu, como manda o NCPC 72, II.

O cumprimento do mandado pelo oficial de justiça se dará dentro dos limites da comarca em que corre o feito e ele atua, ou então nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas situadas na mesma região

metropolitana, dispensando-se a carta precatória para essas hipóteses (art. 255).

21.6.2.3. Da citação por edital

Finalmente, a *citação por edital* será feita (NCPC, art. 256): (i) quando desconhecido ou incerto o citando; (ii) quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando; e (iii) nos demais casos expressos em lei (por exemplo, se o País recusar o cumprimento de carta rogatória – NCPC, art. 256, § 1º).

A possibilidade de realização de citação por edital fica limitada à ocorrência de uma dessas situações descritas no dispositivo legal, justamente porque se trata de uma forma de citação ficta, longe de ser a ideal. Na hipótese de revelia do réu citado dessa forma, será necessário nomear um curador para defendê-lo, como manda o art. 72, II, do NCPC.

Para fins de citação por edital, o citando será considerado em local ignorado ou incerto quando infrutíferas as tentativas de sua localização. E isso ocorre inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos (NCPC, art. 256, § 3º).

No que se refere ao edital, o NCPC inova: a publicação do edital será realizada na internet, e não mais em jornal, tanto na página do próprio tribunal quanto na plataforma de editais do CNJ (NCPC, art. 257, II).

Apesar dessa previsão de publicação do edital na internet, poderá o juiz, conforme as peculiaridades da comarca, determinar a publicação do edital também em "jornal local de ampla circulação" ou "outros meios" (NCPC, art. 257, parágrafo único).

A parte que requerer citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras da sua realização, incorrerá em multa de cinco salários mínimos (NCPC, art. 258).

Afirma o Código ser necessária a publicação de editais em três hipóteses (art. 259): I – na ação de usucapião de imóvel; II – nas ações de recuperação ou substituição de título ao portador; III – em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos.

A propósito, embora a ação de usucapião não apareça mais dentre aquelas que apresentam rito especial e merecem disciplina específica, certo é que o novo diploma mantém regra, segundo a qual, “na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada”. Tem-se no caso, portanto, verdadeira hipótese de litisconsórcio passivo necessário estabelecido por força de lei.

21.6.3. Das cartas

Conforme acima se afirmou, o CPC prevê quatro modalidades de cartas, objetivando a prática de atos fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca, da seção ou da subseção judiciárias. São elas: carta de ordem, carta rogatória, carta precatória e carta arbitral.

As cartas de ordem, precatória e rogatória deverão (i) indicar os juízes de origem e de cumprimento do ato; (II) conter o inteiro teor da petição, do despacho e do instrumento de mandato conferido ao advogado; (III) indicação do ato processual que constitui seu objeto e (IV) o encerramento com a assinatura do magistrado. A carta arbitral atenderá a esses mesmos requisitos, além de dever ser instruída com a convenção de arbitragem e provas da nomeação do árbitro e respectiva aceitação. Em todas, caberá ao magistrado fixar o prazo para o seu cumprimento (NCPC, arts. 260/261).

A carta de ordem é expedida pelo tribunal para juízo a ele vinculado, para prática de atos que tenham que ser realizados fora dos limites territoriais do local da sua sede. Sempre expedida por um tribunal, contém uma ordem para que um juízo de grau hierárquico inferior promova o cumprimento a determinado ato que se requer seja praticado.

A carta rogatória contém um pedido de cooperação jurídica internacional, por objetivar que um órgão jurisdicional estrangeiro pratique um ato relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro. Por exemplo, caso o réu de determinada demanda em curso no Brasil tenha seu domicílio fora do País, a sua citação no país estrangeiro pode se dar por meio da carta rogatória, pela qual será solicitada a providência citatória ao Judiciário do país onde o réu mantenha o seu domicílio.

Convém acrescentar que a carta rogatória pode se prestar não apenas para que a Justiça brasileira solicite a prática de um ato em outro país, mas

também a utilidade inversa é possível, ou seja, preste-se para que a Justiça de outro país solicite ao Poder Judiciário brasileiro a prática de determinado ato no Brasil.

A carta precatória, por seu turno, bastante comum na nossa realidade forense, contém um pedido de cooperação jurídica nacional. Por meio dela, um órgão jurisdicional brasileiro solicita que outro pratique determinado ato na sua área de competência territorial. Por exemplo, um juiz da comarca de Campinas-SP não pode providenciar que um réu domiciliado na comarca de Juiz de Fora-MG seja lá citado por meio de oficial de justiça. Para que a citação se realize dessa forma, necessário que o juiz de Campinas (deprecante) expeça uma carta precatória ao juízo de Juiz de Fora (deprecado), para que este providencie que a citação por oficial de justiça seja realizada naquela comarca. Após cumprimento, a carta precatória será devolvida pelo juízo deprecado ao juízo deprecante, para que seja juntada aos autos do processo do qual foi expedida.

Finalmente, o novo CPC não se esqueceu da eventual necessidade de haver cooperação entre o árbitro e o juiz togado. Pois bem, quando as partes optam pela via arbitral para solucionar suas controvérsias, ajustam a denominada convenção de arbitragem, ou por cláusula de contrato que submeta eventual controvérsia futura ao juízo arbitral (cláusula arbitral), ou por meio de negócio ajustado após o surgimento da controvérsia, com o fim específico de submeter esta à solução arbitral (compromisso arbitral).

Se é certo que a convenção de arbitragem tem por objetivo afastar a jurisdição estatal, servindo como manifestação da preferência das partes pela solução da controvérsia pelo juízo arbitral, inegável que mesmo nesses casos pode ser necessário que se recorra ao Poder Judiciário estatal, ainda que já instaurado o tribunal arbitral. Tal se dá, especialmente, pela ausência da atribuição de poder coercitivo ao árbitro, que não tem condições de impor o cumprimento forçado de uma decisão pela parte que não a obedece espontaneamente, seja ela provisória ou definitiva, ou de fazer com que uma testemunha compareça à sessão onde deva ser ouvida, por exemplo.

Nessas ocasiões, para obter tais providências, o árbitro solicitará a colaboração do Poder Judiciário, o que fará mediante a expedição de uma carta arbitral. Por meio dela, requererá que esse Poder pratique ou determine o cumprimento de determinado ato, atendendo pedido de cooperação formulado.

A carta arbitral vem agora prevista na Lei de Arbitragem, por força da inclusão proporcionada pela Lei 13.129/2015. Nesse sentido, prevê o art. 22-C da referida Lei 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", observando-se o segredo de justiça em caso de confidencialidade estipulada na arbitragem.

21.6.4. Da intimação

Como acima se afirmou, é por meio da citação que se dá ciência a alguém de que lhe foi ajuizada uma demanda, chamando-o para integrar a relação processual e se defender. Por sua vez, *intimação* é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo (NCPC, art. 269). Ou seja, denomina-se intimação a comunicação de todos os demais atos do processo.

O NCPC inova nesse particular ao autorizar que o próprio advogado promova a intimação do advogado da parte contrária, por meio do correio, juntando aos autos cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento. Esse ofício de intimação deverá ser instruído com cópia do despacho, da decisão ou da sentença (NCPC, art. 269, §§ 1º e 2º).

A intimação da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável pela representação judicial do respectivo ente (NCPC, art. 269, § 3º).

Não é demais lembrar, de outro lado, que a intimação das testemunhas é ato que cabe agora ao advogado que as arrolou, sob pena de sua inércia importar na desistência da inquirição delas. Apenas em alguns casos previstos em lei é que se realizará a intimação das testemunhas por via judicial (art. 455).

Sempre que possível (ou seja, se já houver tecnologia nesse sentido), as intimações serão realizadas por meio eletrônico (NCPC, art. 270). Nesse caso, tal como estabelecido na Lei 11.419/2006, a intimação será dada por realizada quando o intimado acessar o portal do Tribunal. Fazendo-o em dia não útil, a intimação será considerada realizada no primeiro dia útil seguinte. Outrossim, caso a consulta ao portal não seja feita dentro de 10 dias contados

da publicação, a intimação é considerada realizada ao final desse prazo.

Tendo em conta o princípio do impulso oficial, consagrado no art. 2º do NCPC,[41] caberá ao juiz determinar de ofício a realização das intimações nos processos pendentes, garantindo a comunicação às partes dos atos do processo. Todavia, em razão de a falta de uma intimação poder gerar nulidade, conveniente que a parte interessada apresente requerimento para a sua realização, caso o juiz não a determine de ofício.

Não realizadas por via eletrônica, as intimações serão feitas por meio de publicação no *Diário de Justiça Eletrônico*. Pertinente assinalar, nesse sentido, que, além de continuar existindo a intimação em nome do advogado, será possível requerer a intimação em nome da sociedade de advogados inscrita na OAB – seja com o nome do advogado, seja apenas em nome da sociedade. Sob pena de nulidade, deverão constar da publicação os nomes das partes e dos seus advogados (com indicação do número de inscrição destes na OAB), ou da sociedade de advogados, se requerido (NCPC, art. 272, §§ 1º e 2º).

Para que atinja sua relevante finalidade, o Código veda o uso de abreviaturas nos nomes das partes e exige que a grafia dos nomes dos advogados esteja completa e coincida com o que consta da procuração ou com aquela registrada na OAB (art. 272, § 4º).

Conforme jurisprudência sedimentada do STJ no sistema anterior, o NCPC declara expressamente que, se houver requerimento expresso para publicação em nome de determinado profissional, as intimações deverão trazer o nome desse patrono, sob pena de nulidade (NCPC, art. 272, § 5º).

De outra parte, se for inviável a intimação pela forma eletrônica e inexistir na localidade publicação em órgão oficial, será incumbência do escrivão ou do chefe da secretaria intimar os advogados das partes de todos os atos do processo, o que será feito (I) pessoalmente, quando tiverem domicílio na sede do juízo ou (II) por carta registrada, com AR, se domiciliados fora dele (NCPC, art. 273).

Nas intimações realizadas por via postal, presumem-se válidas aquelas dirigidas aos endereços informados nos autos, mesmo quando não forem recebidas pessoalmente pelos destinatários (NCPC, 274, parágrafo único). Daí se evidencia a importância de os interessados manterem seus respectivos endereços atualizados nos autos.

Por fim, frustradas as outras formas de intimação, tal ato deverá ser realizado por oficial de justiça, o que, se necessário e presentes os requisitos para tanto, poderá ser feito com hora certa ou até por edital.

21.7. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL



Esse é, sem dúvida, um aspecto inovador do NCPC. Até bem pouco tempo a doutrina brasileira controvertia sobre a existência ou não de negócios jurídicos processuais.

É possível afirmar que o CPC revogado já admitia, claro que com amplitude bem menor, alguns negócios processuais. Por exemplo, autorizava que as partes ajustassem a suspensão do processo por até seis meses,[42] possibilidade essa que se aplicava também à execução, uma vez que o art. 791 fazia expressa referência ao art. 265. Até a distribuição do ônus da prova era admitida no CPC/1973, ainda que de forma tímida, afirmando o parágrafo único do art. 333 ser "nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

Não obstante, Cândido Dinamarco negava peremptoriamente a existência dos negócios jurídicos processuais, sob o argumento básico de que no processo não existiria "o primado da *autonomia da vontade*: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes mas não lhes deixa margem para o autorregramento que é inerente aos negócios jurídicos".[43]

Se esse argumento era ponderável sob o ponto de vista do direito anterior, não mais subsiste no direito atual,[44] tendo em vista a regulamentação

do NCPC. De fato, o art. 190 do NCPC estabelece uma cláusula geral de negociação processual, ao dispor que "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 seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou depois do processo". A propósito, afirma o Enunciado 258 do FPPC que "As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa". Essa previsão é coerente com o modelo mais comparticipativo que o NCPC pretende implementar, diminuindo o protagonismo judicial que se vinha observando no sistema anterior.[45]

Aliás, esse maior protagonismo que se atribui às partes manifesta-se de variadas maneiras, por exemplo, quando se atribui a elas maior participação na construção da decisão que vai solucionar a controvérsia. Tal ocorre de duas principais formas: a) por meio da antecipação e da valorização da tentativa de autocomposição, com a introdução de uma audiência com tal finalidade logo no início do procedimento, ainda na fase postulatória do processo, reconhecendo que os indivíduos são capazes de solucionar seus problemas, sem terceirização da solução; b) garantindo o contraditório pleno e efetivo às partes no processo, para que elas, se não têm condições de construir a decisão de comum acordo, ao menos possam influenciar a decisão a ser imposta pelo Estado-juiz.

Além do mais, nesse contexto de ampliação da participação das partes na formação da decisão, é dada a elas a possibilidade de estabelecerem mudanças nas regras procedimentais, ônus, faculdades ou deveres, ajustando o procedimento às peculiaridades de causa. Podem até, entre outras novidades, escolher de comum acordo o perito judicial, como faculta o *caput* do art. 471.[46]

De certo modo, tal possibilidade de atuação das partes é uma das formas pela qual a valorização da autocomposição se manifesta no processo. Se não for possível às partes chegarem a um acordo para solução da controvérsia e encerramento da demanda, poderão ao menos definir de comum acordo as regras do processo.

É nessa proposta de ampliação de participação das partes que ganha espaço o chamado "negócio jurídico processual. Mas, afinal, o que isso vem a ser exatamente? Segundo Fredie Didier Jr., "*negócio processual* é fato

jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais".[47]

Não se trata apenas de haver a presença da vontade dos sujeitos processuais na prática do ato, mas, como ensina Eduardo Talamini, seu conteúdo e efeitos devem estar delineados, pelo menos em parcela significativa, pelas partes[48].

Como bem expõe Pedro Henrique Nogueira, "pode-se dizer que os negócios processuais pressupõem: a) manifestação de vontade sem a qual não se tem a configuração de qualquer ato jurídico; b) o autorregramento de vontade, significando o espaço de autonomia deixado pelo ordenamento jurídico para que os sujeitos possam escolher, dentro de amplitude variada, os tipos de atos (sentido amplo) a serem praticados e, em alguns casos, até a configuração da respectiva eficácia, representando a diferença específica dos negócios jurídicos em relação aos atos jurídicos em sentido estrito; c) a referibilidade a um procedimento, sem a qual pode até haver negócio jurídico (como sucede na eleição contratual do foro), mas ele não merecerá a adjetivação de 'processual'".[49]

Os negócios jurídicos processuais podem ser divididos em dois grandes grupos: a) negócios jurídicos processuais típicos, que são aqueles expressamente previstos em artigos esparsos do NCPC. A título ilustrativo é possível mencionar a cláusula contratual de eleição de foro (NCPC, art. 63), o acordo para suspensão do processo (NCPC, art. 313, II), organização consensual do processo (NCPC, art. 357, § 2º), a escolha consensual do perito (NCPC, art. 471), a convenção sobre ônus da prova (NCPC, art. 373, §§ 3º e 4º) etc.; b) negócios jurídicos processuais atípicos, autorizados pelo art. 190 do NCPC, sem que estejam previstos em algum dispositivo específico ao longo do diploma legal.

Sobre o tema, esclarece Fernando Gajardoni que "o artigo 190 do CPC/2015 não abrange as situações tipicamente previstas em lei em que a manifestação de vontade ou ausência dela tem relevância processual (negócios processuais típicos bilaterais, unilaterais ou plurilaterais), mas tão somente os negócios bilaterais sem previsão específica (atípicos), isto é, as convenções ou acordos processuais não tipificados no CPC/2015 ou em leis esparsas (*v.g.*, ampliação voluntária de prazo para recursos, deliberação para julgamento em instância única etc.)".[50]

O magistrado deve controlar a validade desses negócios processuais e recusar a sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, nos termos do parágrafo único do art. 190. De acordo com o Enunciado 408 do FPPC, "quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

Contudo, isso não significa exigir a homologação judicial do negócio processual, uma vez que o art. 200 do NCPC é expresso ao afirmar que "os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direito processuais", exceção feita no dispositivo legal à desistência da ação, está sim dependente da homologação judicial para produzir efeitos. Oportuno o Enunciado 133 do FPPC: "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial".

No entanto, essa dispensa de homologação judicial do negócio jurídico processual não retira do juiz, necessário insistir, o dever de exercer o controle de validade das convenções.

Há que se verificar, portanto, se o negócio jurídico processual, em primeiro lugar, obedece aos requisitos de validade. Fernando Gajardoni[51] observa que, como espécie de negócio jurídico que é, deve atender aos requisitos genéricos de capacidade do agente,[52] objeto lícito e forma prescrita em lei, encontrados no Código Civil. Sobre o tema, Enunciado 403 do FPPC: "A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei".

O próprio art. 190 estabelece duas condições para que o negócio jurídico processual seja possível: a) o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição e b) as partes devem ser plenamente capazes. Alerta o Enunciado 135 do FPPC que "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

Isso tudo sem contar que, em certos negócios específicos há pressupostos objetivos específicos a serem observados. Como pondera Eduardo Talamini, a cláusula de submissão do processo a apenas um grau de jurisdição é válida, desde que não se trate de processo sujeito ao reexame necessário.[53]

Convém acrescentar que as convenções procedimentais podem ser ajustadas no curso da demanda ou até mesmo antes dela, como expressamente reconhece o *caput* do art. 190, ao autorizar sejam ajustadas "antes ou durante o processo", podendo constar de cláusula contratual. As convenções estabelecidas antes do processo são denominadas por parte da doutrina de convenções pré-processuais, em contraposição às convenções processuais, realizadas no curso da demanda. Também é possível às partes, de comum acordo com o juiz, fixar calendário para a prática de atos processuais (NCPC, art. 191). Tal calendário, se aprovado pelo juiz, tem caráter vinculante e os prazos nele previstos somente podem ser modificados em casos excepcionais e devidamente justificados (Enunciado 494 do FPPC: A admissibilidade de autocomposição não é requisito para o calendário processual).

A fixação de um calendário processual de comum acordo entre as partes também representa relevante inovação trazida pelo NCPC. Algo bastante comum nos procedimentos arbitrais, o novo diploma processual traz essa possibilidade para as demandas judiciais.

Uma vez ajustado esse calendário processual, torna-se desnecessário intimar as partes para a prática dos atos processuais ou para audiências cujas datas ficaram estabelecidas no calendário acordado, como expressamente prescreve o § 2º do art. 191. Afinal, se o calendário foi ajustado de comum acordo pelas partes, estas já terão prévia ciência das datas dos atos.

Finalmente, uma palavra sobre a eficácia da inovação trazida pelo NCPC. Como anteriormente se mencionou, há aqui uma nítida influência (ou inspiração) do processo arbitral, em que se confere às partes largo espaço para exercício da autonomia da vontade. Lá, a fixação do calendário processual, por exemplo, é rotina.

Todavia, apesar do entusiasmo que despertou a inovação em vários estudiosos, não se pode perder a correta medida dessa inovação. Não se trata de transformar jurisdição em arbitragem, uma vez que seus limites são bem mais estreitos. Muito se tem discutido em doutrina sobre o alcance do negócio jurídico processual. Há alvitres que, com a devida vênia, nos parecem exagerados.[54] Há autores, por outro lado, como Cassio Scarpinella Bueno, que não vislumbram alcance muito amplo para a cláusula geral do art. 190.[55]

Não se pode, por certo, admitir que os negócios jurídicos processuais

inobservem as diretrizes do devido processo legal. Nesse sentido, bem defende Fernando Gajardoni que "convenções tendentes a (i) dispensar o dever de motivação das decisões judiciais; (ii) a suprimir o contraditório ou o direito de defesa; (iii) a impor o segredo de justiça no trâmite do processo; (iv) a admitir a validade de prova ilícita; ou (v) disciplinar, de modo diverso da CF, regras de competência absoluta e/ou viabilizadoras do juiz natural (*v.g.*, escolhendo previamente determinada vara ou juiz para o julgamento da causa), têm objeto ilícito e, como tal, são nulas de pleno direito".[56]

A propósito, sobre a identificação do que pode ou não ser objeto de negócio processual, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) debruçou-se em várias oportunidades, dando origem aos Enunciados que, pela relevância e novidade do tema, merecem ser aqui reproduzidos:

> Enunciado 6. O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.
> Enunciado 19. São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.
> Enunciado 20. Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, entre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira

> instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.
> Enunciado 21. São admissíveis os seguintes negócios, entre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.
> Enunciado 262. É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença.
> Enunciado 490. São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); prefixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, § 3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II).
> Enunciado 491. É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo. Enunciado 579. Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.

Por outro lado, além da discussão sobre o que pode ou não ser convencionado pelas partes, debate que promete ser longo e intenso, temos que algumas previsões deverão encontrar sérias dificuldades práticas de implementação. Como bem observa Fernando Gajardoni,[57] o elevado número de processos que tramitam em nossa Justiça torna extremamente difícil operacionalizar calendários particulares ou mesmo certas convenções sobre ônus e poderes das partes. A exitosa experiência da arbitragem, no particular, talvez não consiga funcionar tão bem na jurisdição estatal. Até porque enquanto o árbitro normalmente tem alguns processos sob sua responsabilidade, o juiz togado e seu respectivo cartório têm milhares, o que dificulta um tratamento diferenciado, com observância de certas

peculiaridades, para cada um deles. De todo modo, só a experiência prática irá dar a palavra final.

[1]Nesse sentido, isto é, considerando os fatos processuais como aqueles que independem da vontade humana, confira-se Arruda Alvim: "Os fatos jurídicos que interessam ao processo podem ser enfocados sob dois prismas distintos: 1º) aqueles que dependem da vontade humana unilateral, os mais comuns (atos processuais), bem como os negócios jurídicos, processuais bilaterais; 2º) os que dela independem (fato processual, v.g., a morte do litigante, art. 265, I, e o caso do art. 265, V)" (*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 1, p. 393).

[2]*Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1945, 3. v. III, p. 28.

[3]Esse é um aspecto bem destacado por Osvaldo Gozaíni, que afirma que "os atos processuais ocorrem unicamente dentro do processo" (no original: "los actos procesales suceden únicamente dentro del proceso") – cf. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 191.

[4]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, n. 645, p. 493.

[5]*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2007, v. 1, n. 226, à p. 286.

[6]Os *pronunciamentos* do juiz são espécies de *atos* do juiz. O NCPC optou por inserir a rubrica "pronunciamentos", ao invés de atos, como fazia o direito anterior, pois ali não se tratou dos atos materiais do juiz.

[7]Nesse sentido, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 9. ed., 2005, v. 1, n. 143.

[8]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. 2, n. 647, p. 498.

[9]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. 2, n. 650.

[10]Carlos Augusto de Assis, Mudou o Conceito de Sentença?, artigo

inserto à *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, maio/jun. 2006.

[11]Correspondentes, no NCPC, aos arts. 485 e 487.

[12]Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo Curso e Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2006, v. 1, p. 234.

[13]Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2007, v. 1, item 231, p. 294/296.

[14]*Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, item 2.2, p. 5.

[15]Sobre as nuances da publicidade tendo em vista o processo eletrônico, veja-se José Carlos de Araújo Almeida Filho (*Processo eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 2010, p. 85-94). Também tratando do tema, confira-se Humberto Dalla Bernardina de Pinho (*Direito Processual Civil Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2012, v. 1, p. 400-403). Para um exame mais aprofundado, ponderando todos os aspectos a favor e contra a publicidade proporcionada pelos meios digitais, indispensável a leitura de Augusto Tavares Rosa Marcacini, que adverte ser lícito criar "alternativas de proteção à privacidade, que dificultem a coleta de dados em escala, sem jamais inibir o acesso individual a *todos* os atos de um processo, por *qualquer um* do povo que queira vê-los" (*Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e informatização processual*, São Paulo: 2013, capítulo IV, posição 4010).

[16]"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 11.419/06. 1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte. 2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem

como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual. 3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp n.º 1.186.276/RS) 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO" (REsp 960.280/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, j. 07.06.2011, *DJe* 14.06.2011).

[17]Registre-se, porém, uma divergência doutrinária envolvendo os arts. 215 e 220. Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello defendem que o art. 215 colide com o tratamento constitucional da matéria. Na visão desses autores, a forma de se compatibilizar seria considerar a expressão "férias forenses", no art. 215, significando "suspensão do curso do processo" (relativa, portanto, ao art. 220). Assim, escapariam da suspensão do curso processual as ações do art. 215 (*Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil*, RTO, 2. ed., em comentário ao art. 215). Diferente é o modo de pensar de André Roque, para quem "o artigo 215 e os dispositivos na legislação extravagante vedam somente a suspensão na tramitação do processo e especificamente durante as férias – o recesso forense possui natureza jurídica de feriado forense, não de férias. As regras em análise não dizem respeito à contagem de prazos processuais, não afastando o artigo 220, que determina sua suspensão entre 20 de dezembro e 20 de janeiro" (*Teoria Geral do Processo* – Comentários ao CPC de 2015, Fernando da Fonseca Gajardoni et al., São Paulo: Método, 2015, v. 1, p. 682). Manifestamos a nossa concordância com o posicionamento de André Roque, nesse particular, motivo pelo qual reiteramos que o art. 215 tem escassa aplicabilidade e não excepciona o art. 220.

[18]Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, n. 688.

[19]Observe-se, porém, que, no NCPC a inobservância dos prazos por parte do juiz poderá ensejar a representação prevista no art. 235, que, no limite, poderá importar na remessa dos autos ao substituto legal para proferir decisão.

[20]Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed.,2009, v. II, n. 683.

[21]Assim, se o dado é inserido na internet numa segunda-feira, considera-se publicado na terça-feira. A partir da terça-feira, portanto, começa a correr o prazo (mas, como visto, a contagem começará da quarta-feira).

[22]*Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1945, v. III, p. 220.

[23]*Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1945, v. III, p. 220-221.

[24]Sobre a abordagem dada ao instituto da preclusão por José Frederico Marques ver *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2, 1ª parte, p. 169 e seguintes.

[25]*Curso Avançado de Processo Civil*, 16. ed., São Paulo: RT, v. 1, 2016, p. 595.

[26]Sobre o tema, confira-se a obra de Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão Processual Civil*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008, particularmente capítulo 8.

[27]Antônio Junqueira Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2000, especialmente capítulo segundo.

[28]Observe-se que a ineficácia do ato processual pode ser decorrência do fato de ter sido declarado inválido, mas temos atos processuais válidos que, por um motivo ou outro, não produz efeito. Podemos ter, portanto, atos processuais válidos, porém ineficazes. Imagine-se a sentença que atribui a guarda ao pai que, antes de assumir o encargo, vem a falecer.

[29]*Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo: RT, 2005, p. 293.

[30]*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 10. ed., 2005, v. II, ns. 346, 347 e 348.

[31]*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2005, v. I, n. 119.

[32]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, n. 709.

[33]Cf. observa Moniz Aragão, tratando do dispositivo idêntico do direito anterior, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 10. ed., 2005, v. II, n. 359.

[34]José Roberto Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 465-467, acredita que a questão da falta da citação "comporta soluções distintas". No caso de improcedência, defende que a sentença será "existente, válida e eficaz". No caso, porém, de sentença de procedência, conclui, no mesmo sentido do texto, que se resolve "no plano da eficácia da sentença".

[35]Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 24. ed., 2008, n. 221, p. 368.

[36]Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 24. ed., 2008, n. 30, p. 79.

[37]Remetemos o leitor às considerações feitas sobre o princípio da instrumentalidade das formas, no item 21.3.5.

[38]Como, por exemplo, de antemão o autor já tem ciência de que o réu cria dificuldades para receber citação por correio – seja por mudar muito de endereço ou outras razões.

[39]"Art. 248, § 2º Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondência."

[40]Trata-se de novidade do CPC/2015, pois no Código anterior eram três tentativas.

[41]"Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei."

[42]CPC/1973: Art. 265. Suspende-se o processo: (...) II – pela convenção das partes. (...) § 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o n. II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo...".

[43]*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2009, v. II, p. 484.

[44]No sistema anterior, como hoje, é possível às partes escolher a comarca onde será julgada a demanda – ou seja, é possível a

eleição de foro. Essa escolha eventualmente pode ser interpretada como uma forma de acordo entre as partes no tocante ao procedimento, desde o CPC/1973.

[45]Nesse sentido, veja-se Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, *Novo CPC: fundamentos e sistematização – Lei 13.105, de 16.03.2015*, Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2015, p. 289.

[46]Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I – sejam plenamente capazes; II – a causa possa ser resolvida por autocomposição".

[47]Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 376-377.

[48]Um processo pra chamar de seu: notas sobre o negócio jurídico processual, *Informativo Justen*, Curitiba, n. 104, Pereira, Oliveira e Talamini. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 10 dez. 2015.

[49]*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3. ed., São Paulo: RT, p. 660.

[50]*Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo: Método, 2015, p. 616.

[51]*Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 616.

[52]Considerando os fins a que se destina o negócio jurídico processual, deve-se concordar com Eduardo Talamini quando fala que se exige que a capacidade de ser parte e de estar em juízo (Um processo pra chamar de seu: notas sobre o negócio jurídico processual, *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 104, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em: 10 dez. 2015).

[53]Um processo pra chamar de seu: notas sobre o negócio jurídico processual, *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 104, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 10 dez. 2015.

[54]Alexandre Freitas Câmara (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 337), por exemplo, admite que as partes

criem através de negócio jurídico processual título executivo extrajudicial não previsto na lei. Cremos que isso não se afigura possível tendo em vista a expressa disposição do art. 784, XII.

[55]"As escolhas feitas pelo legislador nos mais diversos campos do direito processual civil não podem ser alteradas pelas partes. Sua liberdade em relação ao procedimento, aos seus ônus, poderes, faculdades, deveres processuais fica restrita àqueles casos em que o ato processual não é regido por norma cogente" (*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191).

[56]*Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 617.

[57]*Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo: Forense, 2015, p. 632.

22

FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

LUIZ DELLORE

22.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Como já visto anteriormente, existem diversos conceitos para processo. Uma definição de fácil compreensão aponta que processo é o instrumento que o Estado coloca à disposição do jurisdicionado para administrar justiça, ou seja, resolver a lide.[1]

Nesta perspectiva, se o processo busca solucionar a lide, não se deve entendê-lo como algo eterno. Muito ao contrário, é constante a preocupação com a celeridade do processo. Assim, deve o processo nascer, se desenvolver e morrer.[2] Tecnicamente, convencionou-se falar em formação, desenvolvimento e extinção do processo.

Além disso, por vezes algumas situações acarretam que o processo fique em estado de espera, aguardando por algum tempo. Esta é a suspensão do processo.

Neste momento, portanto, analisamos quais são as situações em que se verificam a formação, o desenvolvimento, a suspensão e a extinção do processo.

Justifica-se a inclusão deste tópico em uma obra de teoria geral do processo porque todo e qualquer processo se forma e se extingue. Além

disso, apesar de algumas distinções, é possível apontar traços comuns entre a formação, suspensão e extinção realizada nos dois tipos de processos existentes (conhecimento e execução).

Contudo, vale destacar que o CPC/2015 trata do tema de forma separada: (i) inicialmente, na parte geral do Código, algo mais genérico e, (ii) na parte especial do Código, de forma mais pormenorizada, há o enfrentamento específico para o processo de conhecimento e de execução.

22.2. FORMAÇÃO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Como já visto anteriormente, a jurisdição é inerte, razão pela qual o Poder Judiciário em regra não atua de ofício, ou seja, não soluciona a lide sem que seja provocado. Ao contrário, é necessário que a parte busque a tutela jurisdicional.

E no momento em que a parte interessada busca a proteção jurisdicional é que se forma o processo.

É esse o comando do art. 312 do NCPC, ao destacar que o processo se forma quando "proposta a ação", ou seja, quando protocolada a inicial. Ainda que o juízo seja incompetente, estará formado o processo.

Nas comarcas onde houver mais de uma vara igualmente competente em razão da matéria,[3] é necessário que haja um sorteio para se verificar qual será o órgão competente. Este sorteio é denominado de *distribuição* (NCPC, art. 284). Por seu turno, se houver apenas uma vara, protocolada a inicial, haverá a *atribuição* à vara. Em síntese, há a formação do processo no momento em que a petição inicial é protocolada em juízo.

Cabe lembrar, contudo, que só há processo se uma petição é endereçada ao Poder Judiciário. Se alguém (ainda que advogado) formular algum pleito, por escrito, para um órgão administrativo estatal (como uma repartição pública) ou para uma entidade privada, não haverá a formação de um processo no sentido técnico-jurídico. Exatamente porque apenas perante o Estado-juiz é que se forma o processo.

A partir da formação do processo (com o protocolo da inicial), já decorrem algumas consequências, como a litispendência e prevenção. Contudo, *para o réu*, os efeitos decorrentes do processo (interrupção da

prescrição, litispendência, tornar litigiosa a coisa e constituição em mora) dependem de sua citação (art. 240).

Porém, se o autor protocola a petição inicial antes da prescrição, mas o cartório demora para realizar a efetiva atribuição ou distribuição (ou mesmo a citação), o autor não pode ser prejudicado por isso, não havendo se falar em prescrição. Assim, a Súmula 106 do STJ[4] aplica-se para a citação, atribuição[5] e distribuição.

22.2.1. Estabilização da demanda (NCPC, art. 329)

Por estabilização da demanda (ou do processo) entende-se a impossibilidade de alteração das partes (estabilização subjetiva) ou da causa de pedir e pedido (estabilização objetiva).

Até a realização da citação, ainda que já formado o processo, pode o autor realizar alterações em sua inicial, em relação a qualquer dos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido. Ou seja, ainda não há qualquer estabilização da demanda (NCPC, art. 329, I).

Efetivada a citação, ainda é possível a alteração da causa de pedir e do pedido, mas somente se houver concordância da parte contrária (NCPC, art. 329, II), ou seja, concordância do réu, que poderá se manifestar e requerer novas provas (e do autor, no caso de reconvenção). Logo, há uma estabilização objetiva parcial da demanda.

Por fim, a partir do saneamento do processo, não é possível qualquer alteração da causa de pedir ou do pedido (interpretação decorrente do NCPC, art. 329, II). Ou seja, estabilização objetiva total da demanda.

No tocante à estabilização subjetiva da demanda, o CPC/1973 era expresso ao afirmar que, a partir da citação, somente eram possíveis as alterações permitidas em lei. Não há regra semelhante no CPC atual. Contudo, isso não significa que não haja a estabilização subjetiva da demanda.

Ora, a inclusão de uma de uma nova parte no processo sempre demandará a explicação dos motivos pelos quais essa parte é incluída no processo (causa de pedir) e/ou a formulação de um pedido em relação a essa nova parte. Portanto, não há como se incluir nova parte (ativa ou passiva)

sem modificar a causa de pedir ou pedido. Portanto, a estabilização subjetiva da demanda segue as regras da estabilização objetiva da demanda.

Mas, vale destacar, é possível que haja a sucessão das partes (fenômeno em que uma parte é sucedida por outra), por exemplo, no caso de morte das partes (NCPC, arts. 108 e ss.).

Além de evitar o tumulto processual que qualquer alteração provoca, justifica-se a estabilização subjetiva também para evitar que alguém se beneficie de um processo que já estava previamente em trâmite. Isso, inclusive, para evitar a violação ao princípio do juiz natural.

Uma vez formado e estabilizado, o processo deverá seguir seu trâmite regular, até chegar à sua conclusão, de modo que se possa solucionar a lide.

Contudo, para que haja o trâmite adequado, determinadas regras devem ser observadas. Estes são os requisitos para o desenvolvimento válido e regular do processo.

22.2.2. Desenvolvimento válido e regular do processo

O desenvolvimento válido e regular do processo é um tema muito ligado aos pressupostos processuais e às nulidades, já devidamente enfrentados nesta obra.[6] De qualquer forma, neste momento cabem alguns esclarecimentos adicionais, para que se compreenda o trâmite da relação processual.

Formado o processo, ele deve prosseguir, via sequência de atos, até chegar à conclusão esperada, isto é, uma decisão que trará a solução do litígio.

Mas, se no decorrer do processo não houver a observância adequada da forma, se estará diante de uma impossibilidade de desenvolvimento regular do processo.

São diversos os requisitos para o desenvolvimento válido e regular do processo: capacidades das partes, competência do órgão julgador, imparcialidade do juiz etc. Ou seja, basicamente observância das regras formais previstas na legislação processual (pressupostos processuais).

Diante da ausência de tais requisitos, haverá consequências para o

processo, como se verá a seguir.

22.2.3. Ausência de requisitos de formação e desenvolvimento do processo

Sem a presença dos requisitos de constituição, o processo não se deveria formar. E sem os requisitos de validade, o processo não deveria prosseguir.

Contudo, considerando a forma pela qual o sistema prevê a formação do processo (distribuição ou atribuição a um juiz), na realidade basicamente toda petição protocolada em juízo dará início a um processo. Por sua vez, se o juiz verificar que a petição não tinha condições de formar um processo (que, a rigor, já se formou), a consequência será a extinção de tal processo.

É exatamente o que preceitua o art. 485, IV, do NCPC, que aponta a prolação de decisão sem mérito (extinção do processo) na hipótese de ausência de "pressuposto de constituição" da relação processual.[7]

E o mesmo inciso IV do art. 485 faz menção, também, à extinção do processo por falta de "pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo". Porém, não é a simples ausência de um desses requisitos que imediatamente acarretará a extinção do processo. Em regra, e desde que possível – e levando em conta que o processo não é um fim em si mesmo, mas tem por objetivo a solução da lide –, primeiro o magistrado permitirá que a parte solucione a falha que acarreta a falha processual; somente se não houver a correção da falha é que o processo será extinto.[8]

De qualquer forma, a problemática da extinção do processo será analisada com mais vagar após o estudo da suspensão do processo.

22.3. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Não há dúvidas de que a lide debatida no processo deve ser solucionada com a maior brevidade possível. A insatisfação do jurisdicionado para com a demora do processo é uma constante no mundo inteiro – e isso se verifica agudamente no Brasil, tendo sido um dos argumentos que justificaram a elaboração de um NCPC. Tanto é assim que nosso sistema consagra o

princípio da razoável duração do processo.[9]

Assim, a rigor, não é esperado que o trâmite do processo seja suspenso, por qualquer que seja o motivo ou por qualquer período.

Contudo, por vezes é *mais conveniente* a suspensão do processo do que outra possibilidade para o andamento do processo.

Para entender as razões do instituto, bastam alguns exemplos:

> i) a suspensão é cabível como alternativa a uma pronta extinção do processo (é certo que, do ponto de vista da solução do conflito, melhor que haja a momentânea paralisação do trâmite processual do que a extinção);
> ii) a suspensão foi inserida no sistema para evitar que sejam proferidas decisões contraditórias entre processos que tenham algum ponto em comum (o que acarreta o descrédito do próprio Poder Judiciário);
> iii) a suspensão consta do Código para regular situações de força maior que impedem a adequada realização de um ato processual (basta imaginar uma chuva que inunde o fórum e impeça a realização de uma audiência).

Existem situações de suspensão nas quais toda a tramitação do processo é suspensa. Como exemplo, a hipótese de força maior (após a enchente acima mencionada, até que o fórum tenha condições de reabertura, qualquer tramitação do processo estará suspensa).

Pelo outro lado, há hipóteses em que, apesar de se falar em suspensão, o que é efetivamente suspenso é a discussão a respeito da solução da lide, que se dá exatamente para que haja a apreciação de uma questão incidental relacionada ao processo. Como exemplo, a discussão quanto ao impedimento ou suspeição do juiz (o processo é suspenso para se verificar se o juiz é imparcial; apesar da suspensão da solução da lide, há ainda tramitação do processo, para a apreciação de qual será o juízo competente).

Apesar de não existir essa distinção expressa na legislação (seja no CPC/1973 ou no CPC/2015), costuma a doutrina[10] diferenciar a suspensão entre própria e imprópria:

> i) suspensão própria: aquela em que toda a tramitação do

processo é suspensa;
ii) suspensão imprópria: aquela em que há apenas a suspensão da discussão quanto ao mérito, com a realização de atos relativos a alguma questão incidental.

Qualquer que seja a modalidade de suspensão, em casos excepcionais é possível a realização de atos urgentes quanto ao mérito (NCPC, art. 314).

Por fim, vale esclarecer que *suspensão do processo* é algo distinto da *suspensão ou interrupção do prazo processual*. Como exemplos: (i) na oposição de embargos de declaração não há suspensão do processo, mas interrupção do prazo para interpor os outros recursos cabíveis (art. 1.026), e (ii) no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro: segue a tramitação do processo, mas os prazos ficam suspensos (art. 220).

Apesar de institutos análogos, suspensão e interrupção do prazo têm características distintas, de grande relevância prática. Na suspensão, o prazo continua a correr de onde parou antes da suspensão; já na interrupção do prazo processual, o prazo volta a fluir do início.[11]

22.3.1. Hipóteses de suspensão do processo (parte geral do NCPC)

É necessária previsão legal para que haja a suspensão do processo, sendo que o Código prevê diversas situações para tanto. O principal dispositivo que trata do tema é o art. 313.

Esse artigo encontra-se na parte geral do Código. Isso significa dizer que essas hipóteses de suspensão se aplicam a todos os processos (conhecimento e execução) e procedimentos (comum e especial – em relação aos procedimentos especiais, sejam os previstos no CPC ou em legislação extraordinária). Contudo, isso não significa dizer que não seja possível a previsão de outras hipóteses específicas de suspensão do processo, em relação a determinados processos ou procedimentos.[12]

Porém, o legislador não tratou, no livro do processo de conhecimento, de hipóteses de suspensão distintas das previstas na parte geral. Portanto, as hipóteses de suspensão do processo de conhecimento são as hipóteses previstas na parte geral.

A seguir, passa-se à análise das hipóteses, previstas na parte do Código em que se prevê a suspensão (incisos do art. 313).

O *inciso I* prevê a suspensão "pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador".

Ocorrendo situação que modifique a capacidade (de ser parte, processual ou postulatória), o processo não pode prosseguir (vide art. 76), considerando a falta de requisito de desenvolvimento regular.[13] Por tal razão, melhor do que a extinção é a suspensão momentânea, para que possa ser suprida a incapacidade verificada.

Exemplos: (i) a parte, quando falece, deixa de deter capacidade de ser parte; (ii) um idoso que é interditado perde sua capacidade processual; e (iii) um advogado que é desligado dos quadros da OAB não é mais dotado de capacidade postulatória. Nestes três exemplos, ocorre a suspensão, até que a incapacidade seja solucionada – e se a falha não for suprida, tratando-se de quem figure no polo ativo, o processo será extinto, sem resolução do mérito.

No caso de falecimento da parte, em regra há a sucessão, mediante habilitação (arts. 687 e ss.), mas também há casos em que o processo será extinto sem resolução do mérito.

Há divergência a respeito do momento inicial da suspensão prevista neste inciso.

Uma corrente sustenta que a suspensão tem início exatamente no momento da morte ou perda da capacidade, e que, portanto, a decisão do juiz que suspende o processo é apenas declaratória – ou seja, é retroativa ao momento em que se verificou o evento, sendo nulos os atos posteriores eventualmente realizados.

Já outra corrente afirma que a suspensão se inicia somente quando o juiz profere decisão nesse sentido, tratando-se de ato constitutivo, com efeitos daí para diante.

Considerando o exemplo de falecimento do advogado, é certo que o mais adequado, para que não haja prejuízo à parte, é considerar que o início da suspensão é do momento da morte (decisão do juiz é declaratória). Caso contrário, se algum prazo estiver em curso no momento da morte, a parte possivelmente não o cumprirá. Por isso, a primeira corrente é a dominante no STJ.[14]

Se não houver a informação do óbito (e, portanto, não houver habilitação) e o processo prosseguir, há nulidade? A jurisprudência fixou-se no sentido de que só haverá nulidade e necessidade de repetição de autos se houver *prejuízo* aos sucessores do falecido.[15]

O NCPC prevê a atuação de ofício do juiz no caso de morte das partes. Diante do óbito, se não for ajuizada a habilitação pela parte interessada, deverá o juiz (NCPC, art. 313, § 2º):

> i) suspender o processo; e
>
> ii) intentar que os sucessores do falecido ingressem nos autos em seu lugar, da seguinte forma:
>
> > a) se falecido o réu, haverá a intimação do autor, para que requeira a citação de quem de direito (espólio, sucessor ou herdeiros) para assumir o polo passivo – existindo prazo para isso (de 2 a 6 meses);
> >
> > b) se falecido o autor, o juiz intimará quem de direito (espólio, sucessor ou herdeiros), para que deem início à sucessão, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (no que pode ser classificado como falta de interesse de agir superveniente – art. 485, VI).

Somente haverá tal tentativa do juiz de suceder a parte falecida se o direito for transmissível; caso contrário, haverá desde logo a extinção do processo (NCPC, art. 485, IX).

No caso de falecimento do procurador ou perda de capacidade postulatória do patrono (como no caso de exclusão dos quadros da OAB), há solução prevista no Código (art. 313, § 3º): a parte será intimada para que nomeie novo patrono. Se não houver tal nomeação:

> i) tratando-se de advogado do autor, o processo será extinto sem mérito (art. 485, IV);
>
> ii) tratando-se de advogado do réu, haverá a revelia (art. 344 ou 346, se já tiver havido contestação).

O *inciso II* trata da suspensão por força de acordo entre as partes. Trata-se de uma hipótese frequente no cotidiano forense.

Se as partes estão em vias de celebrar um acordo, o prosseguimento do processo pode dificultar as negociações. Basta imaginar a realização de uma audiência em uma causa de família, onde a oitiva de testemunhas e os depoimentos das partes podem acirrar os ânimos das partes.

Assim, desde que as partes estejam de comum acordo e peticionarem ao juízo nesse sentido, o magistrado suspenderá o processo.

Contudo, o prazo máximo para que o processo fique suspenso é de seis meses (art. 313, § 4º). Após tal período, o processo deverá retomar seu curso, determinando o juiz seu prosseguimento (art. 313, § 5º).

Não há previsão legal para reiteração de suspensão do processo após uma primeira suspensão. Contudo, no dia a dia forense, verificam-se pedidos – e deferimentos – nesse sentido. E isso fica ainda mais viável no âmbito do CPC/2015, considerando que há maior liberdade para as partes, diante da previsão de negócio jurídico processual.[16]

O *inciso III* prevê a suspensão se houver a "arguição de impedimento ou de suspeição", que é mais frequente em relação ao juiz,[17] mas cujo cabimento não se restringe ao magistrado.[18]

Este inciso, no sistema anterior, referia-se à exceção de impedimento ou suspeição, figura que *não mais existe no CPC/2015*. No sistema atual, a alegação de impedimento ou suspeição (arts. 144 e 145) é realizada por meio de alegação por petição específica (art. 146).

Uma vez apresentada essa petição de suspeição ou impedimento, haverá a suspensão do processo, até decisão quanto ao tema, seja pelo juiz em 1º, grau, seja pelo tribunal. Após a decisão quanto ao juiz ser parcial ou imparcial, há a retomada do processo. Este é um exemplo típico de suspensão que não é total, já que há andamento processual no tocante à arguição de parcialidade (suspensão imprópria, como já mencionado).

O *inciso IV* trata da suspensão diante do IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas).

Uma das principais inovações do CPC/2015 é o IRDR (regulado nos arts. 976 e ss), cuja finalidade principal é dar uma mesma resposta judicial a demandas de massa (ou seja, julgamento da tese a partir de um processo que reflita os principais debates quanto ao tema, com a decisão servindo de precedente para os demais casos).

Assim, quando admitido o IRDR, todas as causas que tratem dessa mesma questão de direito serão suspensas.

Nos termos do art. 980, é de um ano o prazo máximo de suspensão dos processos que tratam do tema repetitivo. Assim, passado esse ano, se ainda não houver a decisão do IRDR, os processos devem voltar a tramitar – "salvo

decisão fundamentada do relator em sentido contrário" (art. 980, parágrafo único, parte final), sendo que a lei não aponta quais seriam os requisitos a permitir a suspensão por um período adicional.

O *inciso V* regula a suspensão diante da existência de prejudicialidade.

Este inciso trata da hipótese que mais traz discussões no cotidiano forense, sendo uma das mais frequentes causas de suspensão.

O tema vem assim tratado na legislação:

> "V – quando a sentença de mérito:
> a) 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;
> b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a zprodução de certa prova, requisitada a outro juízo;"

Apesar de as alíneas regulamentarem situações não idênticas, é certo que são situações análogas e que é possível verificar um traço comum, tanto que as duas hipóteses estão previstas no mesmo inciso. Em síntese, deve o processo ser suspenso quando existir uma questão prejudicial em debate em outro processo. Assim, o inciso trata da suspensão do processo diante da prejudicialidade.

Mas o que se deve entender por prejudicialidade e questão prejudicial?

Por questão prejudicial entende-se a questão de mérito (e não processual),[19] logicamente anterior à questão principal debatida nos autos; ou seja, do ponto de vista lógico, necessário que haja previamente a solução da questão prejudicial para, somente depois, existir a solução da questão principal.

Assim, ao se falar em prejudicialidade, isso significa dizer que antes da solução da questão principal (o pedido, aquilo que deverá ser apreciado pelo juiz), deve ser solucionada a questão prejudicial.

A prejudicialidade pode ser interna (quando a questão prejudicial e a principal forem debatidas no mesmo processo) ou externa (quando a questão prejudicial estiver sendo debatida em outro processo).

A situação que causa a suspensão do processo, ora enfrentada, é a de

prejudicialidade externa. Como exemplo, um processo no qual o autor afirma que o réu descumpriu determinada cláusula de um contrato e, por consequência, pleiteia a condenação ao pagamento de multa e danos; por seu turno, o réu também já ingressou com medida judicial para declarar exatamente que a referida cláusula é nula. Assim, antes de decidir se houve ou não violação à cláusula contratual e o direito à indenização e multa (questão principal), é necessário que o juiz verifique se o contrato é ou não nulo (questão prejudicial). Essa é a situação constante da alínea *a*.

Outros exemplos da alínea *a* são (i) o debate no âmbito criminal e cível a respeito do mesmo ato ou fato (há regulamentação específica a respeito do assunto no art. 315 do NCPC) e (ii) a hipótese na qual pende, no STF, julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e discute-se, perante o 1º grau, exatamente a constitucionalidade daquela lei em debate perante a Corte máxima.[20]

Pelo exposto, percebe-se que, verificada a prejudicialidade externa, há a suspensão dos processos onde há a necessidade de decisão quanto à questão prejudicial (que é a questão principal no outro processo), para que se possa analisar a questão principal em que houve a suspensão. Mas, por certo, naquele processo em que o tema é apreciado como questão principal, não há qualquer suspensão.

O grande objetivo da suspensão pela prejudicialidade externa, como se pode intuir, é *evitar que haja a prolação de decisões conflitantes*, especialmente porque, para decidir a questão principal, o juiz terá de enfrentar a questão prejudicial – que está sendo objeto de discussão em outro processo, por outro juiz, como questão principal. Outra forma de se evitarem possíveis soluções conflitantes é a reunião dos dois processos, para julgamento conjunto, via conexão ou continência, desde que presentes os requisitos para tanto.[21]

Por sua vez, a situação constante da alínea *b* (suspensão decorrente de prova a ser produzida em outro juízo) verifica-se no momento em que o juízo determina a expedição de carta para produção de determinada prova – seja via carta rogatória, precatória ou auxílio direto. Ou seja, o processo perante o juízo originário (que irá decidir a lide) fica sobrestado até que a prova requerida a outro juízo seja produzida. Assim, não há efetivamente a suspensão de todo o processo, mas apenas de parte da solução do litígio.

Essa hipótese prevista em *b*, no sistema anterior, era comumente

utilizada pelos advogados como uma forma de adiar a solução do processo. Eram requeridas cartas precatórias para comarcas distantes (ou mesmo rogatórias para qualquer país, dada sua burocracia e demora) e, com isso, o processo se prolongava. Visando a obstar tal comportamento, ainda no sistema anterior, surgiu a regra hoje prevista no art. 377 do CPC/2015: apenas quando se tratar de *prova imprescindível* é que a carta terá o condão de suspender o processo. Portanto, não se tratando, no entender do magistrado, de prova fundamental à solução da lide, poderá haver a prolação de sentença antes que regresse a carta precatória com a oitiva de alguma testemunha.

Há debate quanto à possibilidade de o juiz, de ofício, proceder à suspensão do processo. Isso porque a legislação é omissa. No âmbito do CPC/2015, considerando o princípio da cooperação e a vedação de decisões surpresa (arts. 6º e 10), é possível se vislumbrar que o juiz, apenas após ouvir as partes (mesmo sem a provocação destas), possa determinar a suspensão do processo por prejudicialidade externa.

Há prazo máximo para a suspensão por prejudicialidade. Apesar de o legislador ter previsto a suspensão do processo, colocou um limite temporal para isso, de modo que a demanda não fique suspensa por tempo indeterminado. Assim, a suspensão do processo não perdura até o trânsito em julgado do feito em que se discute a questão prejudicial ou até o retorno da prova. Se assim fosse, teríamos verdadeira violação ao acesso à justiça e razoável duração do processo, especialmente considerando a realidade brasileira, onde muitos processos perduram por anos ou décadas.

Assim, o NCPC (art. 313, § 4º) limitou a suspensão do processo por prejudicialidade externa pelo *prazo máximo de um ano*. Tentou chegar o legislador a um meio-termo, já que de um lado está o risco de decisões divergentes (o que justifica a suspensão) e, do outro, a necessidade de que o litígio seja apreciado pelo Judiciário (acesso à justiça e duração razoável do processo). E este prazo anual também se aplica quando a questão prejudicial for criminal e o processo suspenso for cível (art. 315, § 2º).

Portanto, toda a discussão a respeito da suspensão por prejudicialidade externa na verdade se presta a uma suspensão por apenas um ano, lapso temporal usualmente insuficiente para a decisão da questão prejudicial. Por essa razão, apesar de não haver previsão legal nesse sentido, em casos esporádicos, admite a jurisprudência que o prazo de suspensão seja maior do

que um ano.[22]

Situação não regulada pelo Código de Processo e com regulamentação no CDC é a suspensão de demandas individuais enquanto pendente ação coletiva. Após polêmicas, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que deve ser determinada a suspensão das ações individuais, mesmo sem a concordância do autor[23] – ainda que não seja essa a previsão legislativa do art. 104 do CDC.

Por sua vez, o *inciso VI* prevê a suspensão diante da ocorrência de força maior. Para fins deste inciso, deve-se entender por força maior a situação imprevisível, alheia à vontade das partes e do juiz, que torne impossível a realização de determinado ato processual. Se isso ocorrer, o processo estará suspenso e, consequentemente, prorrogados os prazos para realização daquele ato processual.

Apesar de usualmente decorrer de causas naturais (uma enchente que alaga o fórum), pode também decorrer de ações humanas (uma ameaça de bomba faz com que o fórum seja evacuado e encerrado o expediente).

Outros exemplos de força maior, já verificados no cotidiano forense: uma tempestade que destelhe o fórum ou impeça o trânsito nas suas vias de acesso; um incêndio; um toque de recolher determinado pelas autoridades policiais; o fechamento do fórum por recomendação da defesa civil (considerando que o peso dos autos físicos dos processos colocou em risco a estabilidade do prédio).

Para demonstrar como a decisão a respeito da força maior pode ser casuística (ou seja, depende das características específicas do caso concreto, não sendo possível, de antemão, ter certeza quanto ao que será reconhecido como força maior ou não pelo Judiciário), vale analisar o caso de greve. Segundo o STJ, greve de servidor do Judiciário acarreta a suspensão do processo;[24] greve de defensores públicos,[25] não. E greve dos correios, se não limita o funcionamento da Justiça, não provoca a suspensão do processo.[26]

Não há prazo máximo para a suspensão com base na força maior – o que é lógico e correto, considerando que a situação de força maior não tem prazo para encerrar (seja o fórum alagado ou a greve dos servidores).

O *inciso VII* trata de um tema bem específico: suspensão do processo “quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo”.

Trata-se de inovação do CPC15. Se uma demanda indenizatória tiver por debate assunto também debatido no tribunal marítimo,[27] deverá haver a suspensão do processo judicial. Ou seja, estamos diante de mais uma hipótese de suspensão do processo por força de prejudicialidade externa – de modo que este inciso VII poderia, tranquilamente, ser mais uma alínea no inciso V do art. 313. Assim, aquilo já exposto em relação à alínea *a* do inciso V aplica-se a esta situação de suspensão do processo.

Quanto ao prazo máximo para suspensão, a lei é omissa. Mas, considerando o sistema da suspensão do processo, é de se concluir pela aplicação do § 4º do art. 313 não só ao inciso V, mas também ao inciso VII (prazo máximo de suspensão de um ano).

O *inciso VIII* permite que a suspensão se dê "nos demais casos que este Código regula".

Este inciso é uma cláusula aberta que permite a inserção, pelo legislador, de outras hipóteses de suspensão do processo. Apesar de o inciso fazer menção apenas ao CPC, é certo que há possibilidade de suspensão prevista em outras leis que não o próprio Código.[28]

Como exemplos de suspensão no próprio Código e não localizados no art. 313, podemos citar, em rol não exaustivo, as seguintes situações:

> i) art. 76, que trata da suspensão para a regularização de incapacidade processual ou de defeito de representação das partes (hipótese também prevista no art. 313, I);
> ii) art. 134, § 3º, que prevê a suspensão no incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
> iii) art. 678, que trata da suspensão de medidas de constrição nos embargos de terceiro;
> iv) art. 919, § 1º, o qual eventualmente possibilita a suspensão da execução quando opostos embargos à execução; e
> v) art. 955, que permite a suspensão do processo enquanto se decide o conflito de competência.

Por fim,[29] os *incisos IX e X* tratam da suspensão do processo quando do nascimento ou adoção de filho, desde que o pai ou mãe sejam o ú*nico patrono* da causa. Trata-se de inovação decorrente da Lei 13.363/2016, não se tratando de uma previsão existente no NCPC original.

Assim, haverá a suspensão do processo quando do parto ou adoção, e a mãe ou o pai forem o único advogado da causa (se houver outros advogados constituídos, o processo tramita normalmente). Para isso, deverá ser apresentada nos autos a certidão de nascimento para comprovar o parto ou o termo judicial que tenha concedido a adoção, devendo ainda o advogado ou advogada ter notificado o cliente a respeito do tema. Ou seja, há várias formalidades para permitir que o prazo seja suspenso nessa hipótese, de modo que resta verificar se será algo efetivamente utilizado no cotidiano forense.

O prazo de suspensão é de 30 dias para a mulher e 8 dias para o homem.

22.3.2. Hipóteses de suspensão do processo (parte especial do NCPC: processo de execução)

Como exposto acima, o NCPC trata da suspensão do processo na parte geral (de modo que as regras ali previstas se aplicam a todos os processos e procedimentos).

Mas, para compreender melhor a situação, deve-se levar em conta que: (i) não há previsão específica de suspensão no processo de conhecimento (aplicando-se integralmente o previsto na parte geral) e (ii) há previsão específica de suspensão no processo de execução (de modo que a parte geral se aplica de forma subsidiária).

Há um capítulo específico para tratar da suspensão do processo executivo (arts. 921-923).

O art. 921 traz as seguintes hipóteses para a suspensão da execução:

> I – nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;
> II – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;
> III – quando o executado não possuir bens penhoráveis;
> IV – se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;
> V – quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

Em relação ao CPC 73, apenas os três primeiros incisos são repetição, de modo que os demais são inovação.

O *inciso I* remete ao art. 313, acima analisado, que trata da suspensão na parte geral / processo de conhecimento. Por seu turno, o art. 315 trata da hipótese de discussão de fato delituoso (ou seja, suspensão por prejudicialidade externa).

O inciso não especifica quais incisos do art. 313 se aplicam ao processo de execução, apenas mencionado a locução "no que couber". Assim, a análise quanto à pertinência da suspensão com base no art. 313 será casuística. Mas, em muitas, não haverá dúvida quanto à suspensão – como, por exemplo, na hipótese de morte de uma das partes (art. 313, I).

Assim, para verificar quais são as hipóteses de suspensão do art. 313, já antes analisadas, remete-se o leitor à leitura de tais tópicos.

Uma dúvida que surge diz respeito à suspensão do processo por convenção das partes, especialmente porque o art. 922 preceitua que "*Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente, para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação*".

Há autores que entendem não existir qualquer relação entre o art. 313, II e o art. 922.[30] Não nos parece a melhor interpretação.

A suspensão com base no art. 313, II, como já visto, está limitada ao prazo de seis meses.[31] Assim, findo tal período, o processo retornará a seu trâmite normal. Já a suspensão no art. 922 não está limitada a esse prazo de suspensão.[32]

Portanto, em relação ao processo de execução, para saber o que ocorrerá, tudo depende do teor do acordo. Se estivermos diante de um acordo que importe em extinção da obrigação,[33] não há limitação de prazo para a suspensão.

Assim, se a convenção disser respeito a um prazo para pagamento do débito, ainda que superior a seis meses, o processo ficará suspenso o tempo que for necessário para que ocorra o adimplemento. Trata-se de algo comum no cotidiano forense: acordo pelo qual o executado pagará a dívida em 12 meses. Por esses 12 meses, o processo poderá ficar suspenso, sem qualquer problema. Findo o prazo, ou haverá a retomada da execução (pois não houve o pagamento integral) ou haverá a extinção da execução (por ter havido o

pagamento).

Porém, se o acordo for uma suspensão para se tentar chegar a uma forma de pagamento ou outra forma de extinção da obrigação, então deverá ser observado o prazo de seis meses.

Como exemplo da situação prevista no art. 922, os diversos programas estatais de refinanciamento de dívidas tributárias, para pagamento em diversas parcelas mensais: a execução fiscal ficará suspensa até que haja o pagamento final do débito.[34] Não havendo o pagamento integral, o processo voltará a tramitar, nos termos do art. 922, parágrafo único.[35]

O *inciso II* trata da possibilidade de suspensão do processo de execução diante da defesa do executado, denominada embargos à execução.

Apenas se existirem bons argumentos e uma situação de urgência é que os embargos serão recebidos com efeito suspensivo (NCPC, art. 919, § 1º) e, consequentemente, terão o condão de suspender o trâmite do processo de execução. A regra, pois, é que, recebidos os embargos, a execução prossiga normalmente – é o que se vê do *caput* do art. 919.

De qualquer forma, presentes os requisitos, o juiz receberá os embargos com efeito suspensivo e, portanto, a execução quedará suspensa, até decisão dos embargos – que continuarão com seu trâmite. É disso que trata este inciso.

Por sua vez, o *inciso III* do art. 921 aponta a suspensão quando não houver bens penhoráveis do executado.

A execução só pode prosseguir se houver a penhora de bens do executado, já que o objetivo é a expropriação do bem, com entrega da quantia ao exequente. Logo, não havendo bens passíveis de penhora, não há como prosseguir o processo, e por isso cabível a suspensão. O objetivo da suspensão é aguardar algum período para depois, novamente, tentar-se encontrar algum bem passível de penhora. Contudo, se o processo é suspenso de maneira indefinida e o exequente permanece inerte, é de ser reconhecida a prescrição intercorrente.

Inova o CPC/2015 ao trazer diversas regras quanto à suspensão da execução por falta de bens – ou seja, o CPC passa a regular a ocorrência da prescrição intercorrente.

Inexistindo bens, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual também se suspenderá a prescrição (art. 921, § 1º).

Passado esse prazo, se não se encontrarem bens penhoráveis e se não houver manifestação do exequente, terá início a fluência da prescrição intercorrente (art. 921, § 4º).

O *inciso IV* aponta a suspensão se a "alienação dos bens penhorados não se realizar" por falta de interessados e o exequente, em quinze dias, "não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis".

Se houver penhora de dinheiro, o exequente poderá levantar a quantia sem maiores formalidades. Contudo, se a penhora recair sobre algum bem (móvel ou imóvel), então há diversas possibilidades. Uma delas é a alienação do bem para qualquer interessado, mediante leilão (art. 879), momento em que o exequente receberá o produto da venda do bem. Se o bem for para alienação e não houver interessados, o credor poderá requerer que ele receba o bem pelo seu crédito exequente (essa a denominada adjudicação – art. 878).

Se não houver (i) a alienação do bem, (ii) nem adjudicação pelo exequente, (iii) nem outros bens penhoráveis, o processo será suspenso – e, em verdade, será uma suspensão por falta de bens, acarretando as consequências relativas ao inciso III (possibilidade de prescrição intercorrente).

Por fim, o *inciso V* prevê a suspensão "quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916". Desde 2006 o sistema processual permite um pagamento parcelado do débito exequendo[36], atualmente previsto no referido art. 916. Trata-se de um parcelamento, por seis meses, deferido pelo juiz se observados alguns requisitos. Nesse período, então, o processo estará suspenso.

Trata-se de hipótese análoga a acordo entre as partes (inciso I, que remete ao art. 313, II).

Fechando o capítulo de suspensão, prevê o Código, no art. 923, que durante a suspensão "não serão praticados atos processuais", salvo no caso de urgência.[37] Havendo, por exemplo, risco de perecimento do bem penhorado, pode o juiz determinar alguma providência mesmo durante a suspensão.

22.4. EXTINÇÃO DO PROCESSO

O processo, em determinado momento, terá de chegar a seu final, visto não se tratar de instituto criado para durar indefinidamente. Muito ao

contrário, espera-se que o processo seja julgado com a maior brevidade possível.

Esse término do processo dar-se-á pelas mais diversas razões. As hipóteses em que isso ocorre é o que se denomina de extinção do processo.

O sistema prevê duas formas de extinção do processo, *sem* ou *com* resolução do mérito.

Na primeira situação o processo é extinto por força de alguma falha burocrática ou processual. Ou seja, o pedido formulado pelo autor não é apreciado pelo juiz, e assim a lide permanece incomposta e o mérito não decidido. Daí a nomenclatura "extinção sem resolução do mérito", prevista na legislação. É a denominada extinção anômala, já que, quando alguém busca o Judiciário, o esperado é que se decida o mérito.

Pelo outro lado, caso não presente qualquer falha formal-burocrática, o pedido é apreciado – o que, por certo, é o que usualmente se espera que ocorra quando se aciona a jurisdição. Nestas hipóteses, a lide é composta, o mérito é decidido. São as situações em que há "resolução do mérito".

Contudo, toda vez que houver uma decisão a respeito do pedido, com ou sem mérito, haverá a efetiva *extinção* do processo?

O Código dá sinais contraditórios. Na parte geral, o art. 316[38] fala expressamente em *sentença* e *extinção*. Mas, na parte especial, os arts. 485 e 487 *não* mencionam *extinção*, mas apenas *decisão com ou sem* mérito.[39]

Com o CPC/2015, é possível ao juiz apreciar o pedido (ou um dos pedidos, ou parte do pedido) em diversos momentos ao longo do procedimento – proferindo decisão com ou sem mérito.

Assim, é possível que haja decisão (de mérito ou sem mérito) não somente ao final do procedimento – mas, por certo, *nada impede* que seja ao final do procedimento em 1º grau, e isso é o mais usual.

Logo, nem sempre a decisão (de mérito ou sem mérito) acarretará, efetivamente, a extinção do procedimento em 1º grau.[40] Isso terá de ser avaliado a cada caso.

Em síntese, não se pode afirmar que a decisão quanto ao pedido (com ou sem mérito) será sentença e/ou extinguirá o processo. Logo, há uma complexidade maior no CPC/2015 do que no sistema anterior para compreender a sentença e a extinção do processo.[41]

Mas, deixando essa polêmica de lado, há no sistema processual a

decisão de mérito (definitiva) e a decisão sem mérito (terminativa). É o que se passa a analisar, separadamente.

22.4.1. Hipóteses de extinção do processo (parte geral do NCPC)

A parte geral do NCPC trata da extinção do processo da seguinte forma.

> *"TÍTULO III*
> *DA EXTINÇÃO DO PROCESSO*
> *Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.*
> *Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício."*

A previsão é bastante genérica, não trazendo efetiva regulamentação quanto às hipóteses de extinção (o que é tratado na parte especial).

O art. 316 destaca que a extinção do processo se dará por sentença. Mas, como exposto acima, a afirmação não é pacífica.

Por seu turno, o art. 317, exemplo típico do princípio da cooperação, destaca a necessidade de que o juiz permita a correção de falha processual antes de extinguir o processo.

Ou seja, a extinção do processo, na parte geral, pouco regula a respeito do assunto – diferentemente do que ocorre quanto à suspensão do processo.

22.4.2. Hipóteses de extinção do processo (parte especial – processo de conhecimento)

22.4.2.1. Decisão sem resolução do mérito (NCPC, art. 485)

As hipóteses de decisão sem resolução do mérito encontram-se nos

diversos incisos do art. 485 do NCPC.

Considerando que o Código é um sistema, as alegações que o réu pode formular em preliminar de contestação e que acarretam a extinção do processo sem mérito estão previstas tanto no art. 337 como no art. 485 do NCPC.

O *inciso I* trata da extinção por força do indeferimento liminar da petição inicial.

É lícito ao juiz extinguir o processo antes mesmo da citação do réu – desde que não seja possível a correção do vício, como visto no tópico acima. É exatamente esta a situação prevista neste inciso I.

Nas hipóteses em que o vício da petição inicial for sanável, deverá o juiz determinar sua emenda, pena de extinção (NCPC, arts. 317 e 321). Contudo, se o vício for grave e não admitir correção, o Código permite que o magistrado extinga o processo de plano, sem resolução do mérito, por força do princípio da celeridade.

E as hipóteses consideradas graves são aquelas constantes do rol do art. 330 do NCPC.

A rigor, a extinção com base no inciso I deveria ocorrer antes da citação. Contudo, na prática, o dispositivo é muito utilizado pelos magistrados para situações após a citação e apresentação de contestação.

Como exemplo do exposto, basta visualizar uma situação de flagrante ilegitimidade de parte. O juiz, ao apreciar a inicial, já deveria indeferi-la, com base no NCPC, art. 330, II, c/c art. 485, I. Contudo, se é determinada a citação e o réu, ao contestar, alega ilegitimidade de parte (NCPC, art. 337, XI), o juiz deveria extinguir o feito com base no art. 485, VI (ausência de condição da ação) e não pelo art. 485, I (indeferimento, já que houve citação, eventual audiência e contestação).

De qualquer forma, esta discussão é apenas teórica, visto que do ponto de vista prático não há qualquer distinção quanto à extinção sem mérito ser fundada em qualquer dos dois incisos.

Já as hipóteses previstas nos *incisos II e III* são semelhantes, visto que tratam do abandono do processo pelas partes.

Enquanto no inciso II há abandono de ambos os litigantes, já que o “processo fica parado por mais de um ano por negligência das partes”, no inciso III a inércia é apenas de quem está no polo ativo, no momento em que

o “autor abandona a causa por mais de 30 dias”.

Por força do princípio dispositivo, o Judiciário é inerte mas, uma vez retirado de tal estado pela parte interessada, há o impulso oficial (NCPC, art. 2º). Assim, estes dois incisos apresentam uma quebra ao princípio do impulso oficial. O que é de todo racional, visto que, se as partes litigantes se quedam inertes, não há lógica em que o Judiciário se movimente.

Porém, a inércia pode se dever não à parte, mas a seu advogado – que pode estar adoentado, ter falecido ou ter indevidamente abandonado a causa, dentre tantas outras hipóteses. E é possível que nem a parte nem o juízo tenham ciência de tal situação.

Considerando este aspecto, seria nocivo à parte que houvesse a extinção sem que houvesse sua inequívoca ciência de que houve o abandono. É exatamente por isso que o § 1º do art. 485 permite a extinção somente após a intimação pessoal da parte. Logo, se houver o abandono, antes da extinção deve o juiz determinar a intimação da parte, que terá cinco dias para se manifestar, se for do seu interesse (seja pelo antigo advogado ou por novo). Caso mesmo após a intimação a parte permanecer inerte, aí será possível a extinção do processo sem resolução do mérito.

Houve debate[42] em relação à possibilidade de o magistrado extinguir o processo de ofício, ou seja, sem a provocação da parte contrária, quando verificar o abandono.

Se o abandono for dos litigantes dos dois polos da relação processual (NCPC, art. 485, II), o juiz deve, de ofício: (i) inicialmente intimar os advogados a darem andamento ao feito, pena de extinção; (ii) mantida a inércia, determinar a intimação pessoal das partes; e (iii) caso ainda não haja movimentação, extinguir o processo sem mérito.

Contudo, se o abandono for apenas do autor (NCPC, art. 485, III), a situação é parcialmente distinta. Se o réu ainda não houver sido citado, nada impede que o juiz o faça sem provocação (até porque, frise-se, não há réu no processo).

Porém, se o réu já estiver nos autos, somente mediante provocação deste poderá o juiz extinguir o processo (art. 485, § 6º[43] – portanto, o legislador acabou com o debate antes existente). Isto é justificado porque o réu, após apresentação de sua defesa, tem interesse processual na solução da causa no mérito, pela improcedência. E, havendo o abandono do processo, a extinção é

sem resolução do mérito, o que permite a repropositura da demanda por parte do autor. Neste caso, quem está no polo ativo já saberia quais são os argumentos da defesa anteriormente apresentada pelo réu, dando-lhe clara – e indevida – vantagem no novo processo.[44]

O *inciso IV* prevê a extinção por "falta de requisitos de constituição ou desenvolvimento do processo", ou seja, por falta de pressupostos processuais.

Os pressupostos processuais já foram anteriormente tratados nesta obra.[45] São exemplos de pressupostos processuais: em relação ao juiz, a competência e a ausência de impedimento e suspeição; em relação às partes, a capacidade processual e postulatória; em relação ao processo, a inobservância procedimental.

Como já visto anteriormente, a ausência de determinados pressupostos processuais pode acarretar a suspensão do processo. Assim, neste aspecto, há nítida correlação entre a suspensão e a extinção do processo. É o caso da morte de advogado do autor. O processo inicialmente se suspende, para que a parte procure novo causídico (NCPC, art. 313, I). Contudo, se não for constituído novo patrono, haverá a extinção do processo, exatamente por força de capacidade processual (NCPC, art. 485, IV).

Traz o *inciso V* três hipóteses de decisão sem mérito: perempção (NCPC, art. 486, § 3º), litispendência e coisa julgada (NCPC, art. 337, §§ 1º a 4º).

A perempção é um fenômeno que decorre do abandono da causa pelo autor (NCPC, art. 485, III), visto há pouco. O abandono unilateral pelo autor acarreta a extinção sem mérito e, assim, admite a repropositura da demanda. Contudo, se o autor provocar a extinção do processo por três vezes por força do abandono, verifica-se a perempção e o juiz, no quarto ajuizamento, extinguirá o processo sem resolução do mérito.

E isto não se dá pelo abandono na quarta demanda, mas sim porque houve o abandono nas três vezes anteriores. É uma penalidade à desídia com que a parte tratou o Poder Judiciário. Trata-se, assim, da perda do direito de ação à repropositura da demanda – e não da perda do direito material, conforme se depreende da parte final do § 4º do art. 486.[46] Não se trata de um fenômeno verificado com frequência no cotidiano forense.[47]

E a perempção e o abandono da causa acarretam outra consequência para o autor. A regra prevista no art. 210 do NCPC é que a citação válida

interrompe a prescrição. Contudo, se o autor for desidioso para com o processo, é de se entender que a citação, ainda que válida, não terá o condão de interromper a prescrição.[48]

Já a litispendência e coisa julgada são institutos que envolvem a identidade de ações, ou seja, demandas em que haja a tríplice identidade ou coincidência entre os três elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido, NCPC, art. 337, §§ 1º e 2º).

É certo que o Judiciário não pode admitir que duas ações idênticas tramitem. Daí a necessidade de extinção do processo, sem resolução do mérito, quando se estiver diante desta situação.

A distinção entre a litispendência e a coisa julgada é a situação em que está a demanda anteriormente ajuizada. Se quando a segunda demanda for proposta a primeira ainda estiver em trâmite, tem-se a litispendência. Pelo outro lado, se quando a segunda demanda for proposta a primeira já tiver sido julgada e já existir o trânsito em julgado, haverá coisa julgada. Portanto, se proposta nova demanda e a anterior estiver pendente de julgamento em Tribunal, teremos litispendência e não coisa julgada.

Salvo algumas situações em que realmente há ignorância da existência prévia de uma demanda idêntica,[49] usualmente verifica-se a litispendência em situações de má-fé dos advogados.[50]

Já em relação à coisa julgada, apesar de também existir o problema no tocante à má-fé, existem inúmeras outras dificuldades práticas, tratando-se de um complexo instituto do direito processual.

Por sua vez, o *inciso VI* trata das condições da ação ou, mais especificamente, da extinção por falta de uma das condições da ação.

O tema já foi tratado anteriormente, ao se discutir a ação.[51] Basta aqui mencionar que o nosso Código, em relação às condições de ação, adota o pensamento de Liebman: inicialmente, no CPC/1973 três condições (legitimidade de parte, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido), mas no CPC/2015 duas condições (legitimidade de parte e interesse de agir).

Pelo NCPC, a falta de condição de ação leva à extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI), sendo, portanto, admitida a repropositura da mesma ação – desde que haja correção do vício (art. 486, § 1º).

O *inciso VII* trata da extinção na hipótese de previsão, pelas partes, de

solução do conflito pela arbitragem.

A arbitragem se insere em um contexto de soluções alternativas dos conflitos,[52] em que se busca a solução fora do Poder Judiciário. Se as partes elegem a solução via arbitragem, afasta-se a possibilidade de solução do litígio pela jurisdição. Por isso é que a arbitragem – uma vez eleita pelas partes como forma de solução da lide – acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito.

Em nosso país, a Lei 9.307/1996,[53] que regulamenta o tema, prevê a solução do conflito pela arbitragem quando as partes celebram a "convenção de arbitragem", que é gênero do qual existem duas espécies: cláusula compromissória (convenção na qual as partes se comprometem a submeter eventual litígio que venha a surgir a um árbitro – art. 4º da Lei 9.307/1996) e compromisso arbitral (convenção na qual as partes, diante de um litígio já existente, acordam em solucioná-lo via arbitragem – art. 5º da Lei 9.307/1996).

A arbitragem apenas abrange o processo de conhecimento, isto é, a solução da lide em relação à incerteza. Ou seja, se o árbitro decidir em favor de um dos litigantes e não houver o cumprimento espontâneo da sentença arbitral, será necessário socorrer-se da jurisdição para que a decisão seja executada. O árbitro não tem poder de ingressar no patrimônio do devedor e transferi-lo ao credor. Exatamente por isso é que a sentença arbitral é um título executivo judicial (NCPC, art. 515, VII), que dá início ao cumprimento de sentença.

O inciso traz, ainda, outra hipótese: reconhecimento da competência pelo juiz arbitral. Ou seja, se o árbitro se reconhecer competente[54] para decidir determinado conflito, ele pode oficiar o juiz de direito afirmando que determinada causa é da competência dele. Nesse caso, acolhido pelo juiz togado essa posição, o processo judicial existente será extinto.[55]

Ocorre também a extinção sem mérito, nos termos do *inciso VIII*, se o autor desistir do processo.

Desde logo é de se destacar a distinção entre desistência (NCPC, art. 485, VIII) e renúncia (NCPC, art. 487, V). A primeira, por ser sem mérito, admite a repropositura da mesma ação. A segunda, por ser com mérito, forma coisa julgada e impede a repropositura. Mas, sem dúvidas, há semelhanças entre ambos os institutos, já que importa em uma liberalidade por parte do autor.

Assim, na desistência o autor abre mão do processo, ao passo que, na renúncia, abre mão do direito material. Portanto, tecnicamente o mais adequado é falar em desistência do processo e renúncia ao direito (ou pretensão).

A desistência não impede a posterior repropositura da demanda e pode ou não depender da anuência do réu. Mas, homologada a desistência do autor, deverá o magistrado condenar o autor que desistiu no ônus da sucumbência (NCPC, art. 90).

Se o pedido de desistência for formulado pelo autor após a apresentação da contestação, dependerá da concordância do réu (art. 485, § 4º). Trata-se de regra justificável. Se o autor, ao verificar os sólidos argumentos de defesa apresentados pelo réu em sua contestação, acredita que será vencido e requer a desistência, poderá posteriormente ingressar em juízo com a mesma demanda, trazendo novos argumentos para rebater a defesa apresentada pelo réu. Esta estratégia poderia colocá-lo em indevida vantagem em relação ao réu.

Exatamente por isso é que a legislação veda, após a defesa, a irrestrita desistência. Ora, uma vez apresentada a contestação surge ao réu o interesse de que a causa seja julgada, no mérito, de modo a provocar a formação de coisa julgada e impedir futura repropositura.

Porém, se o réu for revel e não estiver representado nos autos e o autor quiser desistir após configurada a revelia, não se há de falar em necessidade de concordância do réu.

A jurisprudência afirma que eventual objeção do réu à desistência do autor deve ser motivada, sob pena de configurar abuso de direito.[56] Logo, ao se opor à desistência, deve o réu justificar, à luz do caso concreto, seu interesse na decisão da lide pelo mérito, de modo a definir a relação jurídica em debate, em prol da segurança jurídica e para evitar futuros litígios.

No tocante ao aspecto temporal, somente é possível a desistência do autor até que seja prolatada a sentença (art. 485, § 5º). Afinal, uma vez que o juiz tenha decidido a causa – com ou sem mérito – não há mais espaço para a desistência. A partir de então, o que se pode fazer é renunciar ao direito ou, se já tiver ocorrido a interposição de algum recurso, dele desistir, situação na qual prevalecerá a sentença.

O *inciso IX* do art. 485 do CPC prevê a extinção do processo sem

resolução do mérito quando o direito material debatido em juízo for intransmissível.

Se o direito discutido em juízo for intransmissível (basicamente as hipóteses de direito personalíssimo), o falecimento da parte (o suposto titular do direito) não permite que haja a sucessão posição jurídica processual. Ou seja, o filho não pode assumir o lugar do pai no processo, razão pela qual este deverá ser extinto.

A dificuldade na interpretação do dispositivo passa pela verificação daquilo que é ou não intransmissível. Há algumas situações mais simples, mas há hipóteses que apresentam dúvidas.

O usualmente verificado é que, falecido o autor ou o réu, seu sucessor ingressa no processo (sucessão processual). É o que ocorre em qualquer discussão envolvendo condenação em quantia. Numa cobrança de dívida, falecendo o autor, seu sucessor ingressa no polo ativo.

Por seu turno, há situações de direito de família que são, claramente, intransmissíveis. O exemplo clássico é o divórcio. Se um dos cônjuges falece durante o trâmite do processo, não há como prosseguir o feito com um sucessor do morto: não pode a esposa (ora viúva) pedir a separação em face do filho. Assim, com o falecimento de uma das partes, o processo será extinto.

Da mesma forma, quando se ingressa em juízo formulando um pedido exclusivamente em prol do autor, que só a ele interesse, também se está diante de uma situação de intransmissibilidade, sendo que o falecimento acarreta a extinção do processo. O mesmo se diga quando a prestação só pode ser cumprida por um determinado réu. É o exemplo de demanda que busca determinado tratamento médico para o autor, enfermo. Com o falecimento do autor, não há como se pleitear aquele tratamento para algum sucessor do falecido.[57]

Curioso destacar que, conforme a situação dos autos, a morte da pessoa pode acarretar duas consequências processuais distintas. De um lado, a suspensão do processo (NCPC, art. 313, I), como já visto acima e, de outro, se a hipótese for de direito material intransmissível, a extinção do processo.

Por fim, o *inciso X* do art. 485 do NCPC prevê a extinção do processo “nos demais casos previstos neste Código”.

Trata-se – tal como já verificado em relação ao inciso VIII do art. 313

do NCPC – de uma cláusula aberta que permite a inserção, pelo legislador, de outras hipóteses de extinção do processo, ainda que não no próprio art. 485.

Dentre outros, podem-se apontar os seguintes exemplos:

> i) art. 115, parágrafo único, o qual prevê a extinção do processo sem resolução do mérito se o autor não promover a citação dos litisconsortes necessários;[58]
>
> ii) art. 313, § 2º, II, que prevê, no caso de falecimento do autor e sendo transmissível o direito, a habilitação do sucessor, sob pena de extinção do processo sem mérito.

22.4.2.2. Decisão com resolução do mérito (NCPC, art. 487)

Como já exposto, quando se ingressa em juízo, o esperado é uma decisão de mérito, em que o juiz aprecie o pedido formulado pela parte, decidindo a lide. As situações do art. 485 acarretam a extinção anômala.

Já as hipóteses do art. 487 trazem a extinção usual do processo, com decisão de mérito. São três incisos, que trazem cinco situações em que há apreciação do mérito.

Contudo, apenas na situação prevista no inciso I é que efetivamente há uma decisão do magistrado, optando pela tese apresentada pelo autor ou pelo réu – ou seja, uma verdadeira decisão de mérito pelo magistrado. Nas demais hipóteses, em verdade o julgador simplesmente se manifesta a respeito de uma situação que, pelo Código, também tem o condão de resolver o mérito – e, principalmente, de ser coberta pela coisa julgada.

O *inciso I*, de forma singela, traz a hipótese principal de decisão de mérito, em que há apreciação da lide, quando o juiz "acolher ou rejeitar o pedido", seja este formulado na ação (pelo autor) ou na reconvenção (pelo réu). Em síntese, este inciso prevê a improcedência ou procedência do pedido.

Se o juiz afirma que o pedido, a partir da causa de pedir apresentada pelo autor e com base na defesa do réu, deve ser acolhido, tem-se a *procedência*. Pelo outro lado, se o juiz afirma que o pedido, a partir da causa de pedir apresentada pelo autor e com base na defesa do réu, deve ser

afastado, tem-se a *improcedência*.

Em regra, existe a decisão após a oitiva do réu. Porém, o sistema prevê também a *improcedência liminar do pedido*, hipótese em que, sem a citação do réu, o pedido é julgado improcedente.[59] Não é possível a procedência liminar do pedido (procedência sem a citação e possibilidade de manifestação do réu), pois isso importaria em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para que haja a apreciação do pedido (o conflito de mérito, a discussão de direito material), há a necessidade de superação das questões de direito processual.

Além de ser a hipótese de maior relevância do ponto de vista processual (é a conclusão do processo de conhecimento), esta é a situação mais verificada no cotidiano forense.

Por sua vez, o *inciso II* traz uma situação que costumeiramente causa dúvidas na comunidade jurídica: decisão com mérito quando o juiz decidir "sobre a ocorrência de decadência ou prescrição".

Frise-se: está é uma decisão *com mérito* e, portanto, não se trata de uma decisão terminativa.

Prescrição e decadência são institutos relacionados ao tempo. Se a parte permanece inerte por determinado lapso temporal, será penalizada por sua desídia. Vale sempre lembrar o brocardo *dormientibus non sucurrit jus*, ou seja, o direito não socorre quem dorme.

Assim, os institutos da prescrição e decadência são a face visível dessa inércia da parte. Transcorrido determinado lapso temporal, não será mais lícito à parte buscar o Judiciário para satisfazer sua pretensão.

E, reconhecendo a prescrição ou decadência, o juiz extinguirá o processo com mérito. Muito se discutiu, à luz do CPC de 1939, se estes institutos eram de direito processual ou material. O CPC de 1973 acabou com a polêmica, inserindo o tema como sendo decisão de mérito[60] e definindo, *de lege lata*,[61] tratar-se de decisão de mérito. E isso foi repetido no CPC de 2015.

Corroborando a posição do legislador processual, vale lembrar que os prazos prescricionais estão previstos no CC (arts. 205 e 206) e não no CPC. Logo, de fato prescrição e decadência é matéria de mérito, e não processual.

Vale destacar que o juiz pode conhecer de ofício da prescrição, antes

mesmo da contestação do réu. Porém, salvo no caso de improcedência de plano por força da prescrição, deverá o juiz ouvir as partes antes de reconhecer a prescrição ou decadência[62] – for força do princípio da vedação de decisões-surpresa.[63]

Já no *inciso III, alínea a*, não há efetivo julgamento por parte do magistrado, mas homologação da situação em que há o "reconhecimento da procedência do pedido", formulado na ação ou na reconvenção.

Esta hipótese ocorre no momento em que o réu não resiste ao pedido formulado pelo autor. Não se trata de revelia (ausência de contestação, que acarreta a veracidade dos fatos), mas sim de uma posição ativa na qual o réu se submete à pretensão do autor (ou o autor, tratando-se de reconvenção).

O reconhecimento do pedido, exatamente por ser uma forma de extinção com mérito, é capaz de ser coberto pela coisa julgada. Assim, impede a repropositura, isto porque encerra a lide, com a total renúncia à resistência à pretensão do autor – ou seja, com a submissão. Portanto, se a lide foi encerrada, não há por que falar em repropositura.

O reconhecimento pode se dar nos autos (por petição ou manifestação em audiência) ou mesmo extra-autos (por documentos ou mesmo por atos que guardem correlação com o processo).

O juiz simplesmente homologará o reconhecimento do réu. Mas, para fazê-lo, verificará (a) se a parte que reconhece o pedido é capaz e (b) se o direito admite ser reconhecido (se não se trata de direito indisponível).

A parte que reconhece o pedido é a responsável pela sucumbência, visto que fez com que o autor movimentasse a máquina jurisdicional. Por essa razão, por vezes ocorre, no cotidiano forense, a tentativa de o réu afastar a verificação de reconhecimento do pedido (hipótese em que teriam custos adicionais), em favor da tese da falta superveniente de interesse de agir (extinção sem mérito: NCPC, art. 485, VI), ou seja, de que a ida ao Judiciário foi desnecessária (e assim, a sucumbência seria da parte autora).

Se o atendimento, pelo réu, à pretensão do autor se deu por força do processo judicial, a hipótese é de reconhecimento do pedido. Contudo, se a atitude do réu independeu do processo judicial, então a hipótese é de falta de interesse de agir superveniente. Compete ao magistrado, caso a caso, verificar o que ocorreu.[64]

O *inciso III, alínea b*, traz a situação em que as partes transigem, ou

seja, celebram acordo, com concessões recíprocas para pôr fim ao litígio (CC, art. 840).

É a forma de solução do conflito mais conveniente, visto que depende da participação dos litigantes e põe fim à lide da forma mais pacífica possível. Não obstante, a cultura do acordo, que busca a transação, ainda não está sedimentada na cultura jurídica brasileira, muito mais voltada ao litígio – e busca o CPC/2015 alterar esse panorama, ou seja, trocar a cultura do litígio pela cultura do acordo.[65]

A transação pode se dar nos autos (por petição levada pelas partes ou acordo celebrado em audiência) ou mesmo extra-autos. Por vezes há resistências em relação a acordos celebrados fora dos autos, mas a jurisprudência costuma acolhê-los, acertadamente.[66]

O juiz simplesmente homologará a transação. Mas, para fazê-lo, verificará (a) se as partes que transacionam são capazes e (b) se o direito admite transação (se não se trata de direito indisponível – CC, art. 841).

E, para finalizar, o *inciso III, alínea c*, trata do fenômeno da renúncia ao direito material, pelo autor.

Como já exposto acima, é fundamental que se diferencie a desistência (NCPC, art. 485, VIII) da renúncia (NCPC, art. 487, III, *c*). A desistência, que acarreta a extinção sem mérito, permite uma nova propositura da mesma ação. Já a renúncia, por ser extinção com mérito, é coberta pela coisa julgada e impede a repropositura, isto porque encerra a lide, com a total renúncia à pretensão, de forma oposta ao que se verifica em relação ao reconhecimento do pedido. De qualquer forma, se a lide foi encerrada, não há por que falar em repropositura.

Assim, na desistência, o autor abre mão do processo, ao passo que, na renúncia, abre-se mão do direito material. A renúncia pode se dar, pelo autor, em relação ao pedido formulado na inicial ou, pelo réu, quanto ao pedido formulado na reconvenção.

Há legislação específica que preceitua não ser cabível a desistência em face de entes públicos, mas apenas a renúncia. Ou seja, se alguma parte quiser desistir de uma demanda ajuizada em face do Estado, não poderá; ou melhor, somente poderá renunciar (com mérito) e não desistir (sem mérito).[67]

A renúncia, exatamente por não permitir nova propositura, independe de anuência da parte ré e pode ser celebrada a qualquer tempo e grau, até o

trânsito em julgado da sentença ou acórdão. E, ao homologar a renúncia, deverá o magistrado condenar o autor que renuncia no ônus da sucumbência (NCPC, art. 90).

Tal qual em relação às duas hipóteses (tanto que estão reunidas no mesmo inciso III), o juiz simplesmente homologará a renúncia. Mas, para fazê-lo, verificará (a) se a parte renunciante é capaz e (b) se o direito admite renúncia (se não se trata de direito indisponível).

E de modo a concluir este tópico, vale relembrar que, prolatada uma sentença de mérito, se não for interposto recurso ou, uma vez esgotados os recursos, haverá o trânsito em julgado. E, uma vez verificado o trânsito em julgado da sentença definitiva, há a formação da coisa julgada.

22.4.3. Extinção do processo (parte especial – processo de execução)

A extinção do processo de execução é tratada no capítulo seguinte à suspensão do processo na execução (arts. 924-925).

A redação do artigo inicial é a seguinte:

> *"Art. 924. Extingue-se a execução quando:*
> *I – a petição inicial for indeferida;*
> *II – a obrigação for satisfeita;*
> *III – o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida;*
> *IV – o exequente renunciar ao crédito;*
> *V – ocorrer a prescrição intercorrente."*

Conforme preceitua o *inciso I*, se houver algum vício na inicial, cabe o indeferimento da petição – exatamente, aqui, a hipótese do art. 485, I.[68]

Porém, é de se constatar que o art. 924 não prevê *todas* as hipóteses em que pode ocorrer a extinção sem mérito do processo executivo – aplicando-se de forma subsidiária o art. 485.

É possível que o processo de execução tenha seu trâmite abreviado, sem mérito – e não pela hipótese prevista no inciso I. Basta imaginar, dentre outros inúmeros exemplos, casos em que o exequente não junta procuração

após troca de advogados ou não recolhe as custas necessárias durante a tramitação (ou seja, hipóteses que não seriam de indeferimento da inicial).

Em tais situações, haverá a extinção do feito, sem que se discuta o crédito contido no título executivo. Esta extinção anômala, como já exposto, é prevista no art. 485 do CPC (processo de conhecimento), mas não é prevista no art. 924 do Código. Destarte, as hipóteses de extinção sem resolução do mérito do processo de conhecimento (art. 485) também se aplicam ao processo de execução. É a aplicação subsidiária do processo de conhecimento ao de execução.

Pelo outro lado, em contraposição à extinção processual, é possível – e esperado – que o processo de execução tenha seu trâmite normal, visando a concretizar o direito contido no título executivo, ou seja, buscando o adimplemento do executado, com a satisfação do crédito do exequente.

E, neste ponto, houve previsão específica do CPC em relação ao processo de execução, para situações nas quais não há extinção por força de falhas processuais. É o que se depreende dos demais incisos do art. 924.

Inicialmente, tratemos de situações de extinção em que há atuação das partes: satisfação da obrigação, extinção da dívida e renúncia ao crédito.

O *inciso II* trata do pagamento do débito pelo executado. É a situação esperada, na qual, diante do título executivo que aponta o débito, o executado cumpra com sua obrigação e pague a quantia devida. Esta seria a extinção própria da execução.

Situação distinta ocorre quando da extinção do processo de execução com base em qualquer hipótese de extinção da dívida (*inciso III* – como transação, perdão pelo exequente ou novação) ou renúncia ao crédito (*inciso IV* – perdão pelo exequente), que importam em extinção imprópria da execução.[69]

O *inciso III* do art. 924 pode corresponder ao inciso III, *b*, do art. 487 – ou seja, hipótese de transação, com a participação de ambas as partes. Já o *inciso IV* do art. 924 corresponde ao inciso III, *c*, do art. 487 – renúncia ao direito em que se funda a ação, realizada de forma unilateral pelo autor.

Por fim, o *inciso V*, inovação do CPC/2015, prevê a específica extinção por força da prescrição intercorrente, instituto somente agora regulado na legislação processual – e que se refere à falta de bens, suspensão e inércia do exequente, acarretando a extinção por força da prescrição que se verificou

durante o processo (e não a prescrição antes do seu ajuizamento).

[1]A definição é de Alfredo Buzaid, o responsável pela elaboração do CPC/1973, e consta da Exposição de Motivos daquele Código, em seu item 5.

[2]Carnelutti aponta que "Também o processo tem sua vida, isto é, seu princípio e fim" (*Como se faz um processo*. São Paulo: JG, 2003, p. 79).

[3]Mais de uma vara cível, vara de família e sucessões, vara do consumidor, vara da fazenda pública etc. (conforme a divisão de cada uma das Justiças). Havendo na comarca apenas uma vara cível e vara criminal (ou vara única, cumulativa), então não há que se falar em distribuição, já que há apenas uma vara cível para julgar a causa.

[4]Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

[5]"PROCESSO CIVIL. [...] INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO. ART. 263 DO CPC. COMARCA ÚNICA. DATA DO PROTOCOLO DA INICIAL. SÚMULA 106/STJ. [...] 3. Em relação à suposta violação do art. 263 do CPC, pacificou-se no âmbito deste Superior Tribunal que a melhor interpretação a ser dada a aludido dispositivo é aquela que considera proposta a ação no dia em que protocolada a petição em cartório, ainda que se trate de comarca de vara única. Aplica-se, mutatis mutandis, a inteligência da Súmula 106/STJ. [...]" (AgRg no REsp 1169161/PR, Rel. Min. OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, j. 12.08.2014, *DJe* 26.08.2014).

[6]Cf. Capítulos 15 e 21.

[7]Assim, a rigor, diante da sistemática do NCPC (art. 312) e considerando o princípio do acesso à justiça, parece-nos que se uma petição inicial for distribuída em juízo – ainda que com diversas falhas – o processo se formará e, logo na sequência, será extinto pelo juiz.

[8]Como exemplo, a capacidade postulatória. O art. 76 do NCPC

determina expressamente a possibilidade de supressão da ausência de incapacidade postulatória antes de se verificar a extinção do processo – o que, inclusive, reforça a conclusão exposta na nota anterior.

[9]CF, art. 5º, LXXVIII e NCPC, art. 4º.

[10]Cf., por todos, Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*. 19. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 291.

[11]Assim, se em determinado prazo de 15 dias houver a suspensão do prazo no 5º dia, quando do término da suspensão, a parte terá 10 dias para realizar o ato. Por seu turno, se em determinado prazo de 15 dias houver a interrupção do prazo no 5º dia, quando do término da interrupção, a parte terá 15 dias para realizar o ato.

[12]Como exemplo, há hipóteses específicas de suspensão do processo de execução (NCPC, art. 791). Conferir item 22.3.2.

[13]Conforme exposto no tópico 22.2.3 *supra*.

[14]"[...] Consoante a jurisprudência do STJ preconiza, os atos processuais praticados após a morte da parte são nulos, pois o ato de suspensão do processo tem eficácia declaratória, *ex tunc*. Precedentes da Corte Especial e das 2ª e 4ª Turmas. [...]" (REsp 1029832/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 18.11.2008, *DJE* 15.12.2008). "[...] Para o Superior Tribunal de Justiça, a morte da parte ou de seu representante processual provocam a suspensão do processo desde o evento fatídico, sendo irrelevante a data da comunicação ao juízo. Precedentes da 3ª Seção, 3ª e 4ª T." (REsp 861.723/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 10.02.2009, *DJE* 05.03.2009).

[15]"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DECORRENTE DO FATO DE NÃO TER SIDO SUSPENSA A EXECUÇÃO FISCAL APÓS A MORTE DE UM DOS DEVEDORES COOBRIGADOS. Não deve ser declarada a nulidade de execução fiscal promovida em face de mais de um devedor, todos coobrigados, se, apesar de não ter sido determinada a suspensão do processo a partir da morte de um deles, até que se realizasse a adequada regularização do polo passivo, não foi demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo em razão de seu prosseguimento [...]" REsp 1.328.760-MG, Rel. Min. Napoleão

Nunes Maia Filho, j. 26.02.2013, *Informativo* 516/STJ.

[16]A respeito do tema, vide Capítulo 21 item 21.6.

[17]Acerca da figura do juiz, vide Capítulo 16, item 16.2.

[18]O art. 148 faz expressa menção ao MP, auxiliares da justiça e demais sujeitos imparciais do processo.

[19]Portanto, não se pode confundir questão preliminar (processual) com questão prejudicial (mérito).

[20]"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ESTADO DO PARANÁ – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – INATIVOS – QUESTÃO PREJUDICIAL – ADIN 2.189-3/PR – ART. 265, IV, DO CPC – SUSPENSÃO DO PROCESSO – PRECEDENTES 1. Tendo em vista o efeito vinculante e a eficácia erga omnes das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, impõe-se a necessidade de suspensão do processo em que se discute a lei atingida pela decisão na ADIn, nos termos do art. 265, IV, do CPC. 2. Recurso especial provido" (REsp 1005818/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 12.08.2008, *DJE* 08.09.2008).

[21]A respeito de conexão e continência, vide Capítulo 12.

[22]A título de exemplo, julgado em que a discussão quanto à patente é questão prejudicial, permitindo a suspensão por prazo maior que um não (mas, necessário destacar, há decisões quanto ao tema em sentido inverso, no próprio STJ – demonstrando como a questão não é pacífica): "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. PATENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO. QUESTÃO DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO. 1. Estando a questão de prejudicialidade externa ainda pendente de julgamento, deve ser mantida a suspensão do processo, anteriormente determinada.2. Questão de ordem acatada à unanimidade pela Turma para renovar, por mais doze meses, a suspensão do processo em razão da prejudicialidade externa, com as recomendações [...]" (AgRg no REsp 742.428/DF, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, j. 15.12.2009, *DJe* 02.02.2010).

[23]"RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO

ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, 'ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva'. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009). 2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, 'não nega vigência aos aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)'. 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido" (REsp 1353801/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 14.08.2013, *DJe* 23.08.2013).

[24]"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. DÚVIDA OBJETIVA. CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. I – havendo dúvida objetiva acerca da tempestividade do recurso, dele se deve conhecer. II – a greve dos serventuários do poder judiciário é obstáculo capaz de suspender o prazo recursal, o qual só recomeça a fluir após a comunicação oficial da regularização do serviço forense [...]" (REsp 156.143/RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª T., j. 05.02.1998, *DJ* 02.03.1998 p. 74).

[25]"Agravo regimental. Processo civil. Pedido de suspensão de andamento do feito. Greve da defensoria pública da união. Indeferimento. 1. A deflagração de movimento grevista não caracteriza hipótese de força maior, tal como previsto no art. 265, inciso V, do CPC, capaz de suspender o prazo processual [...]"

(AgRg no REsp 936.161/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, 4ª T., j. 28.04.2009, *DJe* 11.05.2009).

[26]"Agravo de instrumento. Agravo regimental. Representação processual. Irregularidade. Procuração. Falta. Súmula 115/STJ. Greve dos correios. Justa causa ou força maior. Inocorrência. Funcionamento do tribunal. Não comprometimento. [...] 3. A ocorrência de greve da Empresa de Correios e Telégrafos – ECT não constitui justa causa ou força maior a impedir a interposição de recurso, porque não compromete o funcionamento da Secretaria do Tribunal. Precedentes [...]" (AgRg no Ag 923.659/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 04.10.2007, *DJ* 22.10.2007 p. 308).

[27]Que é um órgão administrativo, não jurisdicional (ou seja, não faz parte do Poder Judiciário – vide <www.mar.mil.br/tm/>).

[28]Como exemplo, a Lei 11.481, de 2007, que trata, dentre outros assuntos, da ocupação de imóveis da União e prevê, em seu art. 20, que "Ficam autorizadas as procuradorias jurídicas dos órgãos responsáveis pelos imóveis [...] a requerer a suspensão das ações possessórias, consoante o disposto no inciso II do *caput* do art. 265 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, quando houver anuência do ente competente na alienação da área ou imóvel em litígio [...]".

[29]Para uma análise mais profunda da suspensão do processo, cf. GAJARDONI, Fernando et al. *Teoria geral do processo*. Comentários ao CPC/2015. São Paulo: Método, 2015.

[30]Antonio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 1142.

[31]CPC/2015, art. 313, § 4º.

[32]Nesta linha, o STJ: "Processo civil. Execução. Acordo. Suspensão. Art. 792, CPC. Recurso provido. Na execução, o acordo entre as partes quanto ao cumprimento da obrigação, sem a intenção de novar, enseja a suspensão do feito, pelo prazo avençado, que não se limita aos seis meses previstos no art. 265, CPC, não se autorizando a extinção do processo" (REsp 164.439/MG, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 08.02.2000, *DJ* 20.03.2000 p. 76).

[33]Tal qual novação, remissão ou pagamento.

[34]"Tributário. Execução fiscal. Suspensão. Adesão ao Programa de

Recuperação Fiscal (Refis). A opção do executado pelo Refis implica em suspensão da execução durante o prazo concedido pelo credor" (REsp 443.731/RS, Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, 1ª T., j. 18.02.2003, *DJ* 17.03.2003 p. 188).

[35]"Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso."

[36]Isso se iniciou com o art. 745-A do CPC/1973, inserido no Código pela Lei 11.386/2006.

[37]Porém, se a discussão for quanto ao impedimento ou suspeição do juiz, não poderão ser realizados quaisquer atos.

[38]Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.

[39]Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando [...]. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz [...].

[40]As sentenças condenatórias de mérito pela procedência não acarretam a extinção do processo, pois na sequência, em regra, haverá o cumprimento de sentença (art. 513 e ss.). Na sentença sem mérito o processo é extinto por força de alguma falha burocrática ou processual – mas não haverá extinção se a decisão for somente em relação a uma das partes ou pedidos.

[41]A respeito deste tema, vale conferir artigo do coautor Carlos Augusto de Assis: Mudou o conceito de sentença? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 41, p. 86, 2006, escrito antes do CPC/2015, mas já bem apontando problemas na análise do sistema.

[42]Entendendo ser possível sempre a apreciação de ofício: Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 103). Do outro lado, entendendo ser sempre necessária a provocação da parte contrária: Misael Montenegro Filho (*Curso de direito processual civil*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 1, p. 507).

[43]Antes da previsão no CPC15, isso já estava pacificado no STJ, conforme Súmula nº 240/STJ: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

[44]A mesma situação se verifica em relação à desistência do processo, adiante analisada (inciso VIII).

[45]Tanto no Capítulo 15 como, incidentalmente, neste capítulo, no item 22.2.3, *supra*.

[46]"Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, *a possibilidade de alegar em defesa o seu direito."*

[47]A perempção é mais fácil de ser vista no JEC, onde a ausência à audiência inaugural acarreta a extinção do processo. Na Justiça do Trabalho, o não comparecimento do reclamante à audiência configura o abandono da causa (CLT, art. 844), independentemente de qualquer intimação pessoal. Contudo, a pena para o abandono não é a perempção prevista no CPC, art. 268, parágrafo único, mas sim a "[...] perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho" (CLT, arts. 731 e 732).

[48]É a posição do STJ: "Processual civil e previdenciário. Recurso especial. Prescrição. Interrupção. Citação válida. Art. 267, II e III do CPC. Exceções. Extinção do processo. Ilegitimidade de parte. Agravo desprovido. I – O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a citação válida, excepcionando-se as causas do art. 267, II e III do Código de Processo Civil, interrompe a prescrição. II – Desta forma, apenas em raros casos a citação válida não interrompe a prescrição. Um deles é a perempção, fenômeno processual resultante da extinção do processo, por três vezes, por negligência do autor que, não promovendo os atos e diligências que lhe competirem, abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias (art. 267, III, do CPC). O outro ocorre quando ficar o processo parado durante mais de um ano por negligência das partes (art. 267, II, da norma processual). III – Mesmo sendo extinto o processo por ilegitimidade da parte, a citação válida possui o condão de interromper a prescrição, por haver inclusive aparência de correta propositura da ação. IV – Agravo interno desprovido" (AgRg no REsp 806.852/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 11.04.2006, *DJ* 08.05.2006 p. 291).

[49]Situação que frequentemente se verifica é a seguinte: uma cliente humilde procura advogado em sua cidade pleiteando alimentos para seu filho do pai, que está em outra Comarca. Com a demora deste primeiro processo, a mesma cliente procura advogado na outra Comarca – sendo que o novo advogado acaba por ajuizar uma causa idêntica à anterior.

[50]"Processual civil. Ação cautelar. Desbloqueio de ativos retidos pela MP nº 168/1990. Extinção do feito em razão de litispendência. Imposição de multa por litigância de má-fé. I – Verificada a litispendência de ações, extinguiu-se o feito com respaldo no art. 267, V, do CPC, impondo-se, ainda, multa por litigância de má-fé, caracterizada pelo fato de que os autores distribuíram, concomitantemente, duas ações idênticas, objetivando por certo que alguma delas se direcionasse a Juízo que lhes fosse mais conveniente. II – Este Superior Tribunal de Justiça esposa o entendimento de que a Parte que intencionalmente ajuíza várias cautelares, com o mesmo objetivo, até lograr êxito no provimento liminar, configurando a litispendência, litiga de má-fé, devendo ser condenada na multa específica (REsp nº 108.973/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09/12/1997). No mesmo sentido: RMS nº 18.239/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13/12/2004, AgRg no REsp nº 466.775/DF, Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, DJ 01/09/2003. III – Recurso Especial provido" (REsp 1055241/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 17.06.2008, *DJE* 18.08.2008).

[51]Cf. Capítulo 13.

[52]As denominadas ADRs (*alternative dispute resolutions*) ou MASCs (métodos alternativos de solução dos conflitos), mencionadas no Capítulo 2.

[53]Alterada pela Lei 13.129, de maio de 2015.

[54]A respeito dessa situação em que o árbitro se afirma competente para dar início ao procedimento arbitral pode ser inserida no contexto da regra da *Kompetenz-Kompetenz*, que é exatamente essa posição de o árbitro inicialmente ter de se reconhecer como competente.

[55]Essa previsão legislativa acaba por reconhecer que o árbitro exerce jurisdição: afinal, ele pode extinguir um processo que esteja com um juiz togado. A discussão quanto a esse tema (existência ou não de jurisdição na arbitragem) foi objeto de debate no STJ (CC 111.230).

[56]"Processo civil. Pedido de desistência da ação. Deferimento. Homologação. Réu intimado. Discordância. Ausência de motivo relevante. Nulidade. Não ocorrência. Interpretação teleológica do

art. 267, § 4º, do Código de Processo Civil. 1. A recusa do réu ao pedido de desistência deve ser fundamentada e justificada, não bastando apenas a simples alegação de discordância, sem a indicação de qualquer motivo relevante (REsp 90738/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/09/1998). 2. A desistência da ação é instituto de cunho nitidamente processual, não atingindo o direito material objeto da ação. A parte que desiste da ação engendra faculdade processual, deixando incólume o direito material, tanto que descompromete o Judiciário de se manifestar sobre a pretensão de direito material (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 3. ed., p. 449). 3. A despeito de ser meramente processual, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu, nos termos do art. 267, § 4º, do CPC. 4. A regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Todavia, a oposição à desistência da ação deverá ser fundamentada, sob pena de configurar abuso de direito. Precedentes: (REsp 976861/SP, DJ 19/10/2007; REsp 241780/PR, DJ 03/04/2000; REsp 115642/SP, DJ 13/10/1997.) 5. Recurso especial improvido" (REsp 864.432/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 12.02.2008, *DJE* 27.03.2008).

[57]É o que se vê deste aresto do STJ: "Processual civil – Mandado de segurança – Sistema Único de Saúde – Internação – Óbito do impetrante no curso da lide – Extinção do feito sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, IX do CPC. 1. Mandado de segurança impetrado para garantir ao impetrante o direito à internação em UTI. 2. Óbito do impetrante ocorrido após a concessão da liminar e antes da prolação da sentença. Fato superveniente noticiado em contrarrazões de apelo e desconsiderado pelo Tribunal *a quo*, embora instado a manifestar-se através de embargos declaratórios. 2. Embora haja omissão no julgado, que analisou o mérito da impetração, quanto à existência de fato superveniente, não deve ser anulado o acórdão por violação ao art. 535 do CPC, mas extinto o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IX, do CPC porque, *in casu*, a aplicação das regras processuais adequadas a ninguém aproveitará. 3. Hipótese de ação personalíssima, cujo direito não é passível de transmissão aos

herdeiros. 4. Recurso Especial provido para extinguir o feito sem julgamento do mérito" (REsp 703.594/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 06.12.2005, *DJ* 19.12.2005 p. 352).

[58]"Mandado de Segurança – Processual civil – Litisconsorte – Necessidade da citação pessoal – Art. 19, Lei nº 1.533/1951 – CPC, arts. 47 e parágrafo único, e 267, XI, e § 3º – Súmula nº 145 – TRF. 1. Faltante a citação pessoal do litisconsorte necessário, determinada judicialmente, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito. 2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso improvido" (REsp 60.069/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., j. 04.12.1995, *DJ* 26.02.1996 p. 3942).

[59]As hipóteses de cabimento da improcedência liminar encontram-se no art. 332 do NCPC.

[60]CPC/1973, art. 269, inciso IV.

[61]Ou seja, conforme previsão da lei.

[62]Art. 487, parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

[63]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.

[64]Nesta linha, o STJ: "Processual civil. Sus. Tratamento cirúrgico. Ajuizamento de ação. Interesse presente. Afronta ao art. 267, VI, do CPC. Inexistência. I – Não há por que extinguir o feito por ausência de interesse da parte, visto que no momento em que ajuizada a ação existia o interesse do autor em obter o tratamento cirúrgico que, de acordo com o que se extrai do acórdão, não lhe foi oferecido espontaneamente pelo serviço público. II – De fato, somente no transcorrer da ação judicial e em razão desta é que o tratamento foi prestado ao autor. Assim, não há falar-se em afronta ao art. 267, VI, do CPC. III – Se o Estado, após o processamento da demanda, vem a disponibilizar o medicamento pleiteado, não há por que extinguir o feito com base no art. 267, VI, do CPC, ou seja, por falta de interesse processual, já que este existia no momento da propositura da demanda. Deve o feito ser extinto com base no art.

269, II, do CPC, em face de o réu haver reconhecido a procedência do pedido do autor (REsp nº 646.443/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29/11/2004). IV – Recurso especial improvido" (REsp 1072683/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 07.10.2008, *DJE* 20.10.2008).

[65]Vide debate do Capítulo 2.

[66]"Processual civil. FGTS. Correção monetária. Diferenças. Transação. 1. A transação extrajudicial que tem por objeto direito litigioso afeta imediatamente a pretensão posta em juízo, independentemente de menção específica a respeito. Não sendo nula, a transação impõe juízo de procedência, com o reconhecimento do direito nos termos como acordado entre as partes (CPC, art. 269, III) e nesses limites é que poderá ser cumprida (CPC, art. 475-N, III e V). Assim, presente o disposto na súmula vinculante 1/STF, é legítima a transação celebrada com base na LC 110/01, mesmo que não contenha menção ou que tenha sido ocultada a existência de ação judicial pendente. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e, como tal, improvido" (EDcl no REsp 945.150/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. 04.11.2008, *DJE* 13.11.2008).

[67]Lei 9.469/1997.

[68]Assim, remete-se o leitor ao que foi antes dito.

[69]Neste sentido, Araken de Assis (*Manual do processo de execução*, p. 1101-1106), em que o autor afirma, à luz do sistema anterior, que a extinção própria do processo de execução é aquela prevista no art. 794, I, do CPC, seja pelo cumprimento espontâneo do devedor, seja pelo êxito dos meios executórios. De outra banda, se a extinção não se der por essa razão, estaremos diante da execução imprópria, em que uma das hipóteses é exatamente a extinção da dívida, o que pode se dar quer pela remissão (CPC, art. 794, II), quer pela renúncia (CPC, art. 794, III). Corroborando o que já aqui expusemos, outra hipótese de extinção imprópria é aquela decorrente de vícios processuais, prevista no art. 267 do CPC.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2016.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

ANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1981.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, p. 92-93, abr./jun. 1985.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Manual do processo de execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASSIS, Carlos Augusto de. Mudou o conceito de sentença? *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, maio/jun. 2006.

_____. Marchas e contramarchas do processo civil na fase ordinatória. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, n. 35, jan./mar. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAHIA, Alexandre. et al. As críticas ao processo legislativo e a necessidade premente de dar respostas à sociedade brasileira. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-10/tempo-numeros-provam-nao-acodamento-cpc>. Acesso em: 10 jul. 2015.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. In: *Temas de Direito Processual:* Quarta Série. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *RePro*, 60, out./dez. 1990.

_____. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Justitia*, v. 156. out./dez. 1991.

_____. *Poderes instrutórios do juiz.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* MARCATO, Antonio Carlos (coord.) 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões

jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 8, nº. 16, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem. 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Ainda sobre a revisão do Novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/ainda-sobre-a-revisao-do-novo-cpc>.

_____. Chamamento ao processo e o devedor de alimentos. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAETANO, Marcello. *História do direito português.* Lisboa: Verbo, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.* 9. ed. São Paulo: Clássica Editora, s/d.

_____. Il processo como gioco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte 1, 1950. Tradução em português por Roberto B. Del Claro: *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, v. 23, p. 191 a 208, jan./mar. 2002.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá*: o empresário do Império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

_____. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. I.

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. I.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1985.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen

Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010.

_____; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz Guilherme Penacchi. Direito a um processo com duração razoável na esfera dos direitos humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; TEIXEIRA, Carla Noura; ALVIM, Marcia Cristina de Sousa; BARBOSA, Susana Mesquita. *Direitos humanos*: perspectivas e reflexões para o Século XXI. São Paulo: LTr, 2014. p. 229-249.

CARDOSO, Oscar Valentim. A oralidade no novo Código de Processo Civil: de volta para o passado. In: MACÊDO, Luca Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção Novo CPC*: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1: Parte geral.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo* 57, p. 47.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, 1980.

_____. *Intervenção de terceiros.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; CARACIOLA, Andrea; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Europa-America, 1952.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Como se faz um processo*. São Paulo: JG, 2003.

CARVALHO, Fabiano. A divergência doutrinária sobre a entrada em vigor do Novo CPC. Disponível em:

<http://justificando.com/2015/06/19/divergencia-doutrinaria-sobre-a-entrada-em-vigor-do-novo-cpc-e-propostas-de-solucao/>. Acesso em: 19 jun. 2015.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

_____. Alguns aspectos práticos da reforma do Código de Processo Civil. *Revista do Advogado,* São Paulo: AASP, p. 21, ago. 1995.

_____. *Manual da competência civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Elsevier, 2010.

_____; CARACIOLA, Andrea; ASSIS, Carlos Augusto; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. Revista de Processo vol. 218/2013, abr. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma, 1930. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v.1;

_____. _____. 1943, v.2.

_____. _____. 1945. v. 3.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria geral do processo.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. _____. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COCURUTTO, Ailton. *Fundamentos de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CORREIA, André de Luizi. A *citação no direito processual civil brasileiro*. Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 46. São Paulo: RT.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo*

civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

DALL'ALBA, Felipe Camillo. As partes e a causa de pedir no Código de Processo Civil brasileiro: uma visão contemporânea. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 35, p. 87-109, jan./mar. 2005.

DELFINO, Lúcio. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

DELLORE, Luiz. Do recurso cabível das decisões referentes à gratuidade da justiça (L. 1060/50). In: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 9, p. 316-346.

_____; Marin, Marco Aurélio; Tartuce, Fernanda. *Manual de prática civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Condições da ação: teoria da apresentação e teoria da asserção na jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014. p. 495-512.

_____. Justiça gratuita no Novo CPC: lado A. Disponível em: <http://jota.info/justica-gratuita-novo-cpc-lado>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____; ROQUE, A.; GAJARDONI, F.; DUARTE JR., Z. *Comentários ao Código de Processo Civil 2015*: Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

_____. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2015.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale* n. 2. p. 217-231. Pádua: Cedam, abr.-jun. 1968.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador:

JusPodivm, 2008. v. 1.
_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: Malheiros, 1986.
_____. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
_____. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
_____. *Intervenção de terceiros.* São Paulo: Malheiros, 1997.
_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. I.
_____. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
_____. _____. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
_____. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002.
_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.
_____. _____. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I.
_____. _____. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I.
_____. _____. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
_____. *Vocabulário do processo civil.* São Paulo: Malheiros, 2009.
_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.
_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, p.31-32, jan./mar. 1996.
_____; CARRILHO, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.
_____; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 432-433.
DONIZETTI, Elpídio. Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo. *Jusbrasil*. Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-

neoprocessualismo>. Acesso em: 26 nov. 2015.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUARTE, Ronnie Preuss. Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro. *RePro*: 147:27-49, maio 2007.

DUARTE, Zulmar. Contraditório cooperando de boa-fé: por uma nova gramática do processo. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo/>. Acesso em: 16 mai 2015.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: Oliveira et al. (Org.). *Saneamento do processo*: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA, William Santos et al. Penhora on-line no NCPC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI203008,21048-CEAPRO+sustenta+que+impedir+penhora+online+e+erro+gravissimo>. Acesso em: 18 jun. 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FLAKS, Milton. *Denunciação da lide.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 2 dez. 2015.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em: 2 dez. 2015.

_____. et al. A pressa e o projeto do novo Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-09/estudiosos-criticam-pressa-analise-codigo-processo-civil>. Acesso em: 9 jul. 2013.

_____; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre; DUARTE, Zulmar. *Comentários ao CPC 2015*: teoria geral do processo. São Paulo: Método, 2015.

GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942.

GÓES. Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial.* Tese. 2007. (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. v. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito rocessual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GOZAÌNI, Osvaldo A. *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EDIAR, 2005.

GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di Diritto Processuale* n. 4. p. 826-848. Pádua: Cedam, jul.-ago. 2010.

GRECO, Leonardo. A suspensão do processo. *Revista de Processo*, v. 80-101, 1995.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Instituições de direito Processual Civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

JORGE, Flávio Cheim. Sentença cível. *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, out./dez. 2001. p. 121.

KAYATH, Hind Ghassan. *O prazo razoável no processo civil.* 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 26-27.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Da expressa proibição à "decisão-supresa" no Novo CPC. Revista do Advogado, São Paulo, n. 126, O Novo

Código de Processo Civil, p. 163, maio/2015.
LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962.
LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1951.
_____. *Manuale di diritto processuale civile.* 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. v. 2.
_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I.
LIMA, Fernando Antonio Negreiros. *Teoria geral do processo judicial*. São Paulo: Atlas, 2013.
LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. I.
_____. Princípio da ampla defesa. In: *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
_____. *Pareceres*. São Paulo: Castro Lopes, 2015.
LUCON, Paulo. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, p. 142.
_____. Devido processo legal substancial. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 21 nov. 2015.
MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 6. ed. Barueri: Manole, 2007.
MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa. *Revista de Processo* v. 233/2014, p. 43 – 64, jul. 2014.
MANCUSO, Sandra Regina. O processo como relação jurídica. *RT* 682/55-61.
MANDRIOLLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 2000.
MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
_____. *Processo e tecnologia*: garantias processuais, efetividade e informatização processual. São Paulo: edição Kindle, 2013.
MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 83, n. 706, ago. 1994, p. 56.

_____. *O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. 1992. p. 18. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; _____. *Curso de processo civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

_____; _____; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1974, 2.º volume, 1.ª parte.

MARTINS, Sandro Gilbert. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

MAZZEI, Rodrigo. *Código de Processo Civil do Espírito Santo*: texto legal e breve notícia histórica. Vitória: Eppur se muove, 2014.

MENDES, João Castro. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Lisboa: Pedro-ferreira Artes Gráficas Ltda., 2010. p. 175.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. I.

_____. Esperando a efetiva audiência pública do Novo CPC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=106678>. Acesso em: 14 maio 2010.

_____; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; ZVEIBEL, Daniel Guimarães. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 152, p. 11-35, 2007.

_____; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; LOMBARDI, Mariana

Capela; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBEL, Daniel Guimarães. Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum? In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Org.). *Direito civil e processo*: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1522-1532.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONIZ ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, n. 404, p. 9-18, jul. 1969.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil.* 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil (terceira série).* São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, 83/208, jul./set. 1996. p. 208.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 7. out. 2003. p. 37.

NALINI, Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *RT* 730/673-688.

NEGRÃO, Theotônio; Gouvêa, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação extravagante*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1997.

_____. Binômio, trinômio ou quadrinômio? *Revista dos Tribunais* v. 517/11-16.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. São Paulo: Podivm, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. Novo CPC: a revisão final. Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-a-revisao-final>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. 3a. ed. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo* v. 73, jan./mar., 1994.

_____. "Garantia do contraditório". In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. Preclusão elástica no novo CPC: protesto antipreclusivo, uma oportunidade perdida. In: MACÊDO, Luca Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Coleção Novo*

CPC: doutrina selecionada. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1: Parte geral.

PARIZ, Marco Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal*: direito fundamental do cidadão. Portugal: Almedina, 2009.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraditorio. Rivista di Diritto Processuale n. 3, Padua: Cedam, jul.-set. 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

PINTO JÚNIOR, Nilo Ferreira. *Princípio da congruência no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <http:www.jus.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2002.

PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, 4/536-591, 1979.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. *Duplo grau de jurisdição*: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Leonel Severo e DUARTE, Francisco Carlos (Org.). *A construção sociojurídica do tempo*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

ROQUE, André Vasconcelos. et al. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015.

_____; Gajardoni, Fernando; Dellore, Luiz; Duarte, Zulmar. O recall do Novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/o-recall-do-novo-cpcas-mudancas-decorrentes-do-pl-238415-da-camara-e-do-pl-16815-do-senado>. Acesso em: 16 nov. 2015.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. *Breviário teórico e prático de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. In: WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

SANCHES, Sidney. *Denunciação da lide*. São Paulo: RT, 1984.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VI.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1.

_____. _____. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. _____. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I.

SANTOS, Silas Silva, Litisconsórcio eventual: decisão pioneira do STJ. *RePro* 175:279-285, set. 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Perspectivas atuais da "teoria geral do processo", In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*: edição universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987. v. 1.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA PACHECO, José da. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*: tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa:

Lex, 1997. p. 62 e seguintes.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Consultor Jurídico*, 18 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades> Acesso em: 8 abr. 2015.

_____. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

_____; _____; 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015.

_____. Um processo pra chamar de seu: notas sobre o negócio jurídico processual, *Informativo Justen*, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 104, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 10 dez. 2015.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz; MARIN, Marco Aurelio. *Manual de prática civil*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. Boa-fé objetiva processual – Reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo código. *Jusbrasil*. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822496/boa-fe-objetiva-processual-reflexoes-quanto-ao-atual-cpc-e-ao-projeto-do-novo-codigo>. Acesso em: 28 nov. 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Freire. Do pedido. In: BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo; CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coords.). Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114-115.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

_____. _____. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I.

_____. _____. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

_____. Boa-fé – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. Disponível em: <http://www.abdcp.org.br/artigos/artigo49.htm>. Acesso em: 1 maio 2007.

_____. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____; NUNES, Dierle; FRANCO BAHIA, Alexandre Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição*: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *RePro*, n. 244, p. 195-204, jun. 2015.

_____. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Juriscíve*l 69/44.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.* São Paulo: RT, 2001.

_____. *Nulidades do processo e da sentença.* 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT.

_____; TARTUCE, Fernanda. Gratuidade da justiça no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 236, p. 305-324, out. 2014.

WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2007.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Dpj, 2005.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declarações de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 126, p. 89-94, maio 2015, p. 94.

ZANETI JR., Hermes. Teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Orgs.). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.