CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1

edição 2014

FREDIE DIDIER JR.

Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento

Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, a Emenda Regimental n.31/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral no recurso extraordinário) o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR, as Leis Federais n. 12.322/2010, 12.529/2011 e 12.810/2013, e a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

16ª edição
revista, ampliada e atualizada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



FREDIE DIDIER J R.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (lAPL), do lnstituto Iberoamericano de Direito Processual, do I nstituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.

Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

www.frediedidier: com. br:

CURSO DE DIREITO

PROCESSUAL CIVIL

INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO DE CONHECIMENTO

VOLUME 1

15ª edição

Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, a Emenda Regimental n. 3 1/2009-STF (mudanças no plenário virtual sobre a repercussão geral 110 recurso extrnordinário) o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR, as Leis Federais 11. 1 2.322/201 O e 12.529/201 1 , e a Resolução n. 125/20 1 2 do Conselho Nacional de Justiça.

2013

1 1 EDITORA

.Ju.sPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br





1 1 EDITORA

JitsPODIVM

www.editorajuspoclivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 - Pituba, CEP: 4 1 830- 1 5 1 - Salvador - Bahia Tcl: (71) 3363-8617 I Fax (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br
Copyright: Edições J11s?ODIVM

Conselho Editorial: Dirky da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Frcdic Didier Jr ..

José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior. Nestor Távora.

Robério Nunes Filho, Robcrval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério SLncbes Cunha.

Capa: Rcne Bueno e Daniela Jardim (w111v.b11e11ojardim.co111.br)
Diagramação: Cendi Coelho (ce11dicoelho@g111ail.com)

Todos os direitos desta cdi&#xFFFD;àu reservados â Edições JusPODI VM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra. por ql1alquer meio ou processo. sem a expressa auori1.ação do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais carac1eri1.a crime Jescrilo m1 legislação cm vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

"Todo pasa y lodo queda,

pero lo nuestro es pasa1;

pasar haciendo caminos,

caminos sobre el mar.

(..)

Caminante, son tus hue/las

el camino y nada más;

caminante, no hay camino,

se hace camino ai andar.

AI andar se hace camino

y ai volver la vista atrás

se ve la senda que nunca

se ha de volver a pisar.

Caminante no hay camino

sino este/as en la mar . . "

(Cantares, Antonio Machado, 1875-1939)

N

SUMÁRIO

N OTA DO AUTOR À DÉCIMA QUINTA EOJÇÃO.....

1 9

Capítulo 1

1 TRODUÇÃO À TEORIA 00 PROCESSO

E AO OlRElTO PROCESSUAL CIVIL CO TEMPORÃ E OS.....

2 1

!.

Introdução.....
.....

2 1

2 . Conceito de processo.....

22

3 . Processo e direito material.
..... .

Instrumental idade do processo .
..... .

Relação circular entre o direito material e o processo.....

25

4. Algumas características do pensamento jurídico contemporâneo
.....

27

5. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e formalismo valorativo .
..... .

A atual fase metodológica da ciência do processo
.....

29

6. A ciência do processo e a nova metodologia jurídica
.....

32

6. 1 . Constituição e
processo.....

32

6.2.

Princípios processuais..... .....

33

6.3. A nova feição da atividade jurisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais.....

36

6.4.

Processo e direitos fundamentais.....

40

7. A tradição jurídica brasileira: nem civil /aw nem co111mo11 /aw
....

4 1

.

Capítulo TI

DE VIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS

PRINCÍPIOS C O N STITUCI O NAIS D O PROCESSO

.....

45

l . Devido processo legal
.....

45

1 . 1 . Considerações
gerais.....

45

1 .2.

Conteúdo .....

46

l .3.

Devido processo legal formal e devido processo legal substancial .....

49

l .4.

Devido processo legal e relações jurídicas privadas.....

53

2. Princípios constitucionais processuais
expressos.....

56

2.1.

Princípio cio contraditório .....

56

2.2.

Princípio da ampla defesa. ....

6 1

2.3.

Princípio ela publicidade.....

6 1

2.4.

Princípio da duração razoável do processo .....

67

2.5.

Princípio da igualdade processual (paridade de armas) .....

69

2.6.

Princípio da eficiência .....

70

3. Princípios constitucionais processuais implícitos
.....

75

3. 1 . Princípio da boa-fé processual
.....

75

3.2.

Princípio da efetividade .....

83

3.3.

Princípio ela adequação (legal e jurisdicional) do processo .....

84

4. Devido processo legal, princípio

da cooperação e o modelo do processo civil brasileiro
.....

88

4. 1 . Nota
introdutória.....

88

4.2.

"Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversaria/ e inquisitorial.....

89

rREDIE DIDIER JR.

4.3.

Processo cooperativo: um terceiro modelo de organização do processo . ...

Princípios e regras de cooperação . ...

Eficácia do princípio da cooperação .....

93

5. O princípio da proteção da confiança
.....

98

5 . 1 . Proteção da confiança e segurança
jurídica.....

98

5.2.

Pressupostos para a proteção da confiança .....

99

5.3.

Princípio da proteção da confiança e o direito processual civil.....
102

Capítulo III

JURISDIÇÃO.....

1 05

1 . Conceito e características da
jurisdição..... 1 05

1 . 1 . Conceito .....
..... 1 05

1.2.

Decisão por terceiro imparcial - heterocomposição ....

.

1 06

1 .3. A jurisdição como manifestação do Poder:

a imperatividade e a i nevitabilidade da jurisdição .....
1 08

1 .4.

A jurisdição como atividade criativa.....
108

1 .5.

Jurisdição como técnica de rutela de direitos mediante um processo .....
1 1 3

1 .6.

A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta .....
1 1 3

1 . 7.

Impossibilidade de controle externo da atividade jurisdicional..... 1
1 4

1.8.

Aptidão para a coisa julgada material .....
1 1 5

2.

Equivalentes jurisdicionais.....
..... l l 5

2. 1 . Generalidades.....
..... 1 1 5

2.2.

Autotutela..... 1
1 5

2.3.

Autocomposição..... .....
1 1 6

2.4.

Julgamento de conflitos por tribunal administrativo

(solução estatal não-jurisdicional de conflitos)..... 1
1 7

3.
Arbitragem.....
1 20

4. Princípios da jurisdição
..... 1 24

4. 1 .
Territorialidade..... 1
24

4.2.

lndelegabilidade .....
1 25

4 .3.

lnafastabi 1 idade
..... 1 2 7

4.4.

Juiz natural .....
1 30

5. A jurisdição voluntária
..... 1 3 3

5 . 1 .
Generalidades..... 1
3 3

5.2.

Classificação dos procedtmentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco....
1 3 7

5.3.

A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados..... 1
3 8

5.4.

A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional .....
1 3 8

Capítulo IV

CO MPETÊN CIA
..... 143

1 . Conceito e considerações
gerais..... 143

2. Distribuição da competência
..... 1 44

3 . Princípios da tipicidade e da indisponibilidade da competência
..... 144

4. Regra da Kompetenzkompetenz
..... 145

5. A perpetuação da jurisdição

..... 1 45

6. Competência por distribuição.. .....
..... 1 48

.

7 . Classificação da competência 149

7. l.

Competência do foro (territorial) e competência do juízo .....
149

7 .2.

Competência originária e derivada .....
149

7.3.

Incompetência relativa: Incompetência absoluta .....
149

8

SuMÁRJO

8. Foros concorrenles,forum shopping,forum 11011 conveniens e princípio da competência
adequada.....

1 52

9. Competência
constitucional..... 1 54

1 O. Competência
internacional.....

1 55

1 0. 1 . Considerações
gerais..... 1 55

1 0.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (art. 88,
CPC)..... 1 5 8

1 0.3. Competência internacional exclusiva (art. 89, CPC)
..... 1 5 8

1 0.4. Competência concorrente e litispendência (art. 90, CPC)
..... 1 59

1 1 . Métodos para identificar o juízo competente
..... 1 59

1 2 . Critérios determinativos de djst ribuição da
competência..... 1 60

1 2 . 1 . Consideração
introdutória..... 1 60

1 2.2. Objetivo: em razão da maléria,

em razão da pessoa e em razão do valor da causa ....
.. .. 1 60

12.3.
Territorial..... 1
6 1

12.4.
Funcional.....
162

1 2.4. l. Generalidades.....

1 62

1 2.4.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta..... 1 63

12.4.3. A competência funcional pela vinculação do juiz ao processo -

o princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC).....

164

1 3. Principais regras de competência territorial.....

1 66

1 4 . Modificações da competência.....

1 72

14. 1 . Generalidades.....

1 72

14.2. Não-oposição da exceção de incompetência..... 1 73

14.3. Foro de eleição (art. 1 1 1 , CPC) 1 73

14.3. 1 . Generalidades..... 1 73

14.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleição e remessa dos autos ao juízo competente (art. 1 1 2, par. ún., CPC). Nova hipótese

de prorrogação da competência (art. 1 1 4 do CPC) .....

1 74

1 4.4. Conexão e
continência.....

1 77

14.4. 1 . Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal.

A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade 1 7 7

14.4.2. Conexão n a instância recursai..... 1 82

14.4.3. Forma de alegação..... 1 82

14.4.4. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa.....

1 83

14.4.5. A conexão em causas coletivas pode importar

modificação da competência absolula.....

1 84

14.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas,

sendo uma de conhecimento e a outra de execução.....

1 85

14.4.7. Conexão por afinidade. Um novo modelo de conexão

para o julgamento de causas repetitivas..... 188

14.5.
Prevenção..... 1 89

14.6. Outras regras de modificação da
competência..... 1 90

1 5 . Conflito de
competência.....

1 90

1 5. l . Conceito
..... 1.90

1 5.2. Legitimidade e participação do Ministério
Público..... 1 91

1 5.3.
Competência.....
1 9 1

1 5.4. Procedimento
.....

192

9



fREOIC DIDIER JR.

1 6. Competência da Justiça Federal
..... 1 93

1 6. 1 . Características
..... 1 93

1 6.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa

..... 1 93

1 6.2. 1 . Causas do art. 1 09, l, CF/88 .....
1 93

1 6.2.2. Causas do art. 1 09 . 11, CF/88.....
200

16.2.3. Causas do art. 109, VIII, CF/88 .....
200

1 6.3. Competência funcional: a1 t. 1 09, X, segunda parte
..... 202

1 6.4. Competência da Justiça Federal cm razão da
matéria..... 202

16.4. 1 . Causas do an. 1 09, I ll, CF/88 .....
202

1 6.4.2. Causas do art. 1 09, V-A: grave violação a direitos humanos.....
204

1 6.4.3. Causas do an. 1 09, XI, CF/88: disputa sobre direitos indígenas .....
207

1 6.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 1 09, X, fine....
207

16.5. Competência territorial da Justiça Federal
..... 208

16.5 . 1 . Considerações gerais.....
208

16.5.2. CF/88, art. 1 09, §3º: juízo estadual com competência federal .....
209

1 6.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/88)
..... 2 1 3

Capítulo V

MEDlAÇÃO E CONClLlAÇÃO 2 1 7

.

.

1 . A política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos 2 1 7

2. A Resolução n. 125/201 O do Con selho Nacional de Justiça 2 1 8

3.

Mediação e conciliação: distinções e semelhanças 2 1 9

4. Normas que regem a mediação e a conciliação..... 220

5. O centro de solução de conflitos e cidadania 221

6. As câmaras privadas de mediaçã0 e conciliação..... 222

7. As câmaras administrativas de mediação e conciliação..... 222

8. Considerações críticas 223

Capítulo VI

TEORIA DAA ÇÃO..... 225

1 . Direito de ação, ação, procedimento e direito

afimrndo..... 225

2. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas..... 227

3. A demanda e a relação jurídica s u bstancial..... 230

4 . Elementos da "ação" 23 1

4.1.

Causa de pedir e pedido 23 1

4.2.

Partes 23 1

5. Condições da "ação"..... 232

5. 1 .

Generalidades..... 232

5.2.

Notas sobre a teoria da asserção 234

5.3.

A possibilidade jurídica do pedido..... 237

5.4.

A legitimidade para agir em juízo 238

5.4. 1 . Noção 238

5.4.2. Classificação..... 240

5.4.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária..... 242

5.4.4. Substituição processual e sucessão processual 244

5.4.5. Substituição processual e representação processual 245

5.5.

O intere sse de agir..... 245

5.5 . 1 . Generalidades.... 245

5.5.2. O interesse-utilidade..... 247

5.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias 247

SUMÁRIO

5.5.4. O denominado interesse-adequação 248

6. Tipologia das "ações"..... 249

6. 1 . Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal 249

6.2.

Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária 250

6.3.

Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional:

conhecimento, cautelar e executiva . ...

Ações sincréticas..... 250

6.4.

Classificação das ações de conhecimento (certificação) 250

6.4. 1 . Ações de prestação..... 250

6.4.2. Ações constitutivas..... 254

6.4.3.

Ações meramente declaratórias..... 255

6.4.4.

O art. 4°, par. ún, CPC. Distinção entre ação meramente

declaratória e ação de prestação (condenatória). O art. 475-N, 1, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. l l .232/2005 259

5.5.

Ações dúplices 26 1

6. Cumulação de ações .....
..... 262

7. Concurso de ações
..... 262

Capítulo VII

OS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"
..... 265

1 . "Pressuposto processual": uma
apresentação..... 265

2. Pressupostos de existência e requisitos de
validade..... 266

3. A classificação proposta, baseada na obra de José Orlando Rocha de Carvalho
..... 268

4. Pressupostos processuais
subjetivos..... 269

4. 1 . Capacidade de ser
parte..... 269

4.2.

Existência de órgão investido de jurisdição .....
270

4.3.

Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial

do procedimento que introduza o objeto da decisão ....
270

5. Requisitos processuais subjetivos de validade
..... 27 1

5. 1 . Capacidade processual
..... 27 1

5.2.

Capacidade postulatória .....
274

5.3. Competência..... .....
..... 277

5.4.

l mparcial idade.....
277

6. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual
..... 278

7. Requisi tos processuais objetivos extrínsecos ou
negativos..... 279

8. Regramento processual das pessoas casadas.. .....
..... 280

8.1.

Consideração introdutória .....
280

8.2.

Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobili árias .....
280

8.2. 1 . O art. 1 .647 do CC-2002 .....
280

8.2.2. A restrição da capacidade processual

e a ressalva prevista no Código Civil de 2002 281

8.2.3.

Forma e prova do consentimento 283

8.2.4.

Aplicação na união estável 284

8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge .....
285

8.2.6. Suprimento judicial cio consentimento

(art. 1 1 do CPC e art. 1 .648 do CC-2002)..... 286

8.3.

Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos 11 e Ili do § 1° do an. 1 O do CPC) 287

9. O curador especial
..... 289

S

FREDIE ÜIDJER JR.

Capítulo V I II

TEORIA DOS FATOS JURÍDICO

PROCESSUA IS - PLANO DA EXISTÊNCI A

..... 295

1 . Nota explicativa.....
..... 295

2. Ato e procedimento ..... :...
..... 296

3. Classificação dos fatos processuais em sentido
amplo..... 296

4. Conceito de ato processual
..... . 300

5. Ato ilícito processual ....
.... 302

Capítulo I X

INVA LIDADES PROCESSUA
IS..... 305

1 . Consideração introdutória
..... 305

2. Noções básicas sobre os planos da existência,

validade e eficácia dos fatos jurídicos
..... 306

3. Sistema de invalidades processuais - regras
..... 308

3 . 1 .

Sistema de invalidades processuais

e sistema de invalidades do direito material .....
308

3.2.

O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação.

Toda invalidade processual é decretada 309

3.3.

Os tipos de defeito processual 309

3.4.

Não há invalidade sem prejuízo 311

3 . 5.

intervenção do Ministério Público e invalidade 3 1 2

3.6.

Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos . ...

O princípio da fungibilidade 3 1 3

3.7.

Sanabilidade de qualquer defeito processual 3 1 4

3.8.

1 nvalidade do procedim ento (inadmissibil idade)

e invalidade de cada um dos atos do proced imento 3 14

3 . 9.

lnvalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça..... 316

3 . 1 O. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais..... 3 1 8

3.11. O princípio da boa-fé processual

(proibição do venire contra fac/um propriwn)..... 3 19

3 .12. Decisão sobre a invalidade e preclusão..... 321

4. Painel doutrinário 322

Capítulo X

PRECLUSÃO 327

1. Conceito..... 327

2.

Fundamentos da preclusão e o seu papel no formalismo processual 328

3. Classi ficação..... 330

3 . 1 .

Generalidades..... 330

3.2.

Preclusão temporal 331

3.3.

Preclusão lógica 332

3.4.

Preclusão consumativa 333

3.5.

Preclusão-sanção ou preclusão punitiva 334

4. Natureza juridica 335

4.1.

A preclusão como fato e como efeito jurídico 335

4.2.

A preclusão como sanção..... 336

5. Preclusão, prescrição e decadência 337

6. Preclusão para o juiz..... 338

SUMÁRIO

7.

Efeitos da
preclusão..... 339

Capítulo XI

TEORIA DA COG N IÇÃO

JUDICIAL..... 341

1 . Conceito de cognição .. ..
..... 34 1

2.

Conceito de questão.
..... 341

3. Resolução das questões: resolução incidenter tantum

(mera cognição) e resolução principaliter (decisão)
..... 342

4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo
..... 343

5. Objeto da cognição judicial (tipologia das
questões)..... 347

5 . 1 . Consideração introdutória
..... 34 7

5.2.

Questões de fato e questões de direito .....
347

5.3.

Questões preliminares e questões prejudiciais.....
349

5.4.

Condições da ação, pressupostos processuais e mérito:

questões de admissibilidade e questões de mérito .....
352

6. Espécies de
cognição..... 354

Capítulo XII

LITISCO N SÓRCIO .....
.....

.

357

1 .
Conceito.....
357

2. Classificação
..... 357

2. 1 . Ativo, passivo e
misto..... 357

2.2.

Inicial e ulterior.....
357

2.3.

O confronto entre os litisconsórcios

unitário, simples, necessário e facultativo ....
358

3. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa
julgada..... 362

4. Regime de tratamento dos litisconsortes ....

.....

.

.....

363

5. Litisconsórcio
eventual..... 365

6. Litisconsórcio alternativo
..... 366

7. Litisconsórcio
sucessivo..... 367

8. Litisconsórcio facultativo impróprio
..... .

Litisconsórcio recusável.
....

Litisconsórcio multitudinário .....
..... 367

9. Litisconsórcio necessário ativo
..... 369

1 O. A intervenção iussu iudicis (art. 4 7, par. ún., do CPC)
..... 3 76

Capítulo XIU

INTERVE N ÇÃO DE TERCEIROS .....
.....

.

3 8 1

1 . Introdução .....
..... 3 8 1

2. Fundamento da intervenção de terceiro..... 382

3. Conceitos fundamentais 382

3. l . Conceito de parte 3 82

3.2.

Conceito de terceiro 383

3.3.

Conceito de intervenção de terceiro..... 383

3.4.

Processo incidente e incidente do processo 383

4. Efeitos na relação jurídica processual ....

.

384

5. Controle do magistrado 384

6. Momento ....

.....

.

.....

384

7. Hipóteses excepcionais de cabimento
..... 385

7. 1 .

Juizados Especiais.....
385

1 3

fREDIE DIDIER .IR.

7.2.

lntervenção de terceiro nos processos

de controle concentrado da constitucionalidade 385

7.3.

lotervenção de terceiros no procedimento sumário 388

8.
Assistência..... 388

8 . 1 . Considerações gerais.....
..... 388

8.2. Procedimento .....
..... 389

8.3.

Classificação..... 389

8.3. 1 . Assistência simples ou adesiva 389

8.3.2. Assistência litisconsorcial 393

8.4.

l ntervenção do colegitimado..... 394

8.5.

Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual 395

9. Oposição.....
..... 397

9. 1 . Conceito .....

..... 397

9.2.

Tipos..... .....
398

9.3.

Reconhecimento da procedência do pedido pelos opostos .....
399

9.4.

Oposições sucessivas e oposições convergentes..... .....
399

1 O. Nomeação à autoria
..... 399

1 O. 1 . General idades
..... 399

1 0.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor

(art. 62 do CPC) e a regra do art. 1 .228 do CC-2002.....
401

1 0.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC).

Confronto com os arts. 932, Ili. e 942, ambos do CC-2002 .....
402

1 0.4. Procedimento .....
..... 403

1 1 . Denunciação da l ide
.... 404

1 1 . 1 .
Generalidades.....

404

1 1 .2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide..... 406

1 1 .3. Si111ação processual do denunciado..... 408

1 1 .4. A denunciação da lide em caso de evicção

(art. 70, 1. CPC) e a regra do art. 456 do CC ..... .

A denominada denunciação da lide per salrum..... 409

1 1 .5. A denunciação da lide com base no inciso 11 do art. 70 do CPC 4 1 3

1 1 .6. A denunciação da lide com base no inciso 1 1 1 do art. 7 0 do CPC 4 1 4

1 1 .6. I . Considerações gerais 4 1 4

J 1 .6.2. A concepção restritiva 4 1 4

1 1 .6.3. A concepção ampliativa 4 1 7

1 1 .6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça 4 1 9

1 1 .6.5. Síntese concluiva: a nossa opinião 420

1 1 .7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC) 421

1 1 .8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC)

..... 422

1 1 .9. O par. ún. do an. 456 do CC-2002 e o inciso I I do art. 75 do CPC 422

1 2. Chamamento ao processo .....
..... 429

J 3. Outras
questões.....
432

1 3 . 1 . A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo 432

1 3.2. Intervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público 435

1 3.3. Intervenção litisconsorcial voluntária

ou litisconsórcio facultativo ulterior simples .....
440

1 3.4. Intervenção do amicus curiae
.... 442

.

1 3.4. 1 . Noção e hipóteses.....
442



N

SUMÁRIO

1 3.4.2. Poderes processuais do a111ic11s curiae
..... 446

1 3.5. A nova i ntervenção de terceiro na ação de alimentos (art. 1 .698 do CC-2002)..... 448

14. Quadros sinóticos
..... 453

Capítulo XIV

ALIEN A ÇÃO DA COISA OU D O DIRE I T O LITlGIOSO
..... 455

Capítulo XV

PETIÇÃO INICIAL
..... 461

1. Petição inicial e demanda
..... 461

2. Requisitos
..... 461

3. Emenda da petição inicial.. ... .
..... 469

4. I ndeferimento da petição inicial
..... 470

4. 1 . Considerações gerais
..... 470

4.2.

1-lipóteses de indeferimento.....
474

5. Pedido.
.....
477

5 . 1 . Conceito e
divisão..... 4 77

5.2.

Requisitos..... 478

5.3.

Cumulação de pedidos 479

5.3 . 1 .

Cumulação própria: simples ou sucessiva..... 479

5.3.2.

Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa 480

5.3.3.

Cumulação inicial e cumulação ulterior..... 484

5.3.4.

Requisitos para a cumulação..... 484

5.4.

Ampliação da demanda..... 487

5.5.

Redução da demanda 488

5.6.

Alteração objetiva da demanda 488

5.7.

Espécies de pedi do..... 491

5.7. 1 . Pedido genérico..... 49 1

5.7.2.

Pedido alternativo..... 493

5.7.3.

Pedido cominatório 495

5.7.4.

Pedido relativo a obrigação indivisível 498

5.8.

I nterpretação do pedido e pedido implícito..... 500

5.8. 1 . Interpretação da petição inicial.

Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios. 500

5.8.2.

Pedido implícito. 504

Capítulo XVI

JULGAMENTO LIMI NAR DE MÉRJ TO-

A IM PROCEDÊ ClA PRIMA FA C/E 507

1 .

Generalidades.....
507

2. Indefer imento da petição inicial em razão

do reconhecimento de prescrição ou decadência
legal..... 508

3. Julgamento imediato de causas
repetitivas..... 5 1 5

Capitulo XVII

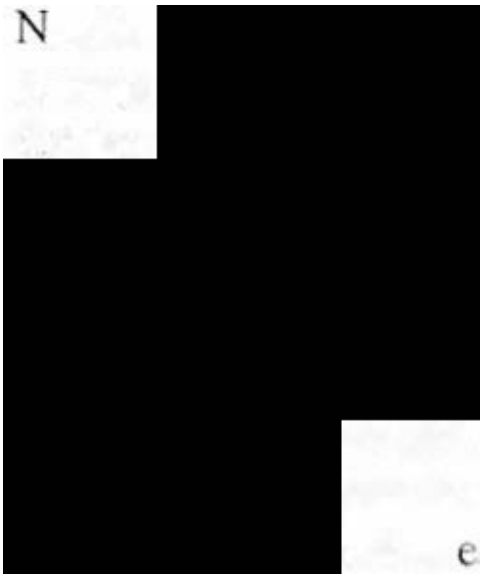
CITAÇÃO.....
521

1. Generalidades .....
..... 521

2. A citação como "pressuposto processual" .....
..... 521

3. Comparecimento do réu não-citado ...
..... 523

4. A recorribilidade do "cite-se"
..... 523



fREDIE DIDIER JR.

5. Pessoalidade (art. 2 1 5, CPC)..... 525

6. Local (art. 2 1 6, CPC) 525

7. Impedimento legal para a citação (art. 2 1 7, CPC) 525

8. Efeitos da citação (à luz do CC-2002)..... 526

9. Modalidades 532

9. 1 .

Citação pelo correio 532

9.2.

Citação por mandado 533

9.3.

Citação por mandado com hora certa.....
534

9.4.

Citação por edital .....
535

9.5.

Citação eletrônica.....
535

Capítulo XVl H

RESPOSTA D O RÉ U E
REVELIA..... 537

1 . Teoria da exceção .....
..... 537

1 . 1 . Acepções .....
..... 537

J .2.

Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual.

Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico
processual..... 538

1 .3.

Da exceção como direito de defesa.....
540

1 .4.

Ação versus exceção .....

541

2. Espécies de defesa .
..... 542

2. 1 .
Mérito/admissibilidade.....
542

2.2.

Objeções/exceções ....
542

2.3.

Peremptória/dilatória.....
546

2.4.

Direta/indireta (classificação das defesas substanciais) .....
546

2.5.

Instrumental/interna .....
547

3. A contestação
..... 547

3 . 1 .

ação geral .....
547

3.2.

A regra da eventualidade ou concentração da defesa .....
547

3.3.

Crítica à interpretação literal do art. 301 do CPC.Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito 55 1

3.4.

Ônus da impugnação especificada 552

3.4 . 1 . Noção 552

3.4.2. Representantes judiciais que estão dispensados

deste ônus (art. 302, par. ún., CPC)..... 552

3.4.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas

especificadam nte, não serão havidas como verdadeiras..... 554

3.5.

Fonna e requisitos..... 555

3.6.

Pedido do réu 555

3.7.

Aditamento e indeferimento da contestação 556

4. Reconvenção
..... 556

4. 1 . Noções
gerais..... 556

4.2.

Possibilidade de ampliação subjetiva do processo

("reconvenção subjetivamente ampliativa") .....
557

4.3.

Requisitos..... .....
558

4.4.

Diferença entre reconvenção e ação declaratória incidental (ADI).....
560

4.5.

Reconvenção e substituição processual .....
5 6 1

4.6.

Reconvenção e pedido contraposto.....
561

5. Exceções instrumentais
..... 563

5 . 1 .
Generalidades.....
563

SUMÁRIO

5.2.

Arguição de impedimento e suspeição.....
564

5.2. 1 . Generalidades.....
564

5.2.2.

Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal 567

5.2.3.

Impedimento e suspeição de outros

sujeitos da relação jurídica processual 568

5.2.4.

Eficácia externa da arguição de suspeição/impedimento 568

5.2.5.

Suspeição provocada, imparcialidade aceita e abuso do direito:

a regra do art. 20, par. ún., do Código Eleitoral 569

5.3.

Exceção de incompetência.....
570

6. A revelia
..... 571

6. J.

Noção ....
571

6.2.

Efeitos .....
571

6.3.

Mitigações á eficácia da revelia .....

572

6.3. l . A confissão fleta não é efeito necessário da revelia 572

6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor..... 573

6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa 573

6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir,

bem como de propor declaração incidente (art. 32 1 , CPC) 573

6.3.5. Intervenção do réu-revel ....

.

.

573

6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos 574

6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato 574

6.3.8. Querela nullitatis 575

6.4.

Revelia na reconvenção 575

Capítulo XIX

PROVIDÊNCIAS PRELI MINARES E JULGA MEN T O

CONFOR ME O ESTADO D O PROCESSO..... 577

1 . Saneamento e fase de saneamento
..... .

As providências preliminares
..... 577

2. Julgamento confom1e o estado do processo
..... 579

3. Julgamento antecipado do mérito da causa
..... 580

4. Audiência preliminar
..... 582

4. 1 . Generalidades.....
..... 582

4.2.

Denominação e objetivos da audiência.....
583

4.3.

Direitos que admitam transação ("rectius": conciliação).....
585

4.3 . 1 . Generalidades..... ....
585

4.3.2.

Conciliação em causas que envolvam

pessoas jurídicas de direito público..... 586

4.4.

O comparecimento à audiência ..... .

O preposto (representante voluntário).....
587

4.4. 1 . Generalidades .....
587

4.4.2. Pessoa fisica pode utilizar-se de "preposto"?..... 588

4.4.3. Quem pode ser representante .....
589

4.4.4. O instrumento da representação .....
589

5. O despacho saneador
..... 590

5. 1 . A dispensa de reali zação da audiência preliminar
..... 590

5.2.

Conteúdo do despacho saneador .....
591

6. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento
..... 591

FREDIE DIDIER JR.

6. 1 . Consideração introdutória
..... 5 9 1

6.2.

O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão .....
592

Capítulo XX

EXTINÇÃO DO PROCESSO
..... 599

1 . Observação
..... 599

2. Uma questão terminológica
..... .

A decisão parcial ("extinção imprópria do
processo")..... 599

3. Decisões que não examinam o mérito (art. 267 do CPC)
..... 601

3. 1 . Consideração introdutória .....
..... 6 0 1

3.2.

Análise do art. 268 do CPC.....
602

3.3.

Indeferimento da petição inicial.....
606

3.4.

Abandono do processo pelas partes ....
..... 607

3.5.

Abandono do processo pelo autor..... .....
607

3.6.

Falta de "pressupostos processuais" 609

3.7.

Perernpção, litispendência e coisa julgada 609

3.8.

Falta de condições da ação..... 6 1 1

3.9.

Convenção de arbitragem..... 6 1 1

3.1 O. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda)..... 6 1 2

3. 1 1 . Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido..... 6 1 5

3 . 1 2 . Confusão 6 1 6

3. 13. Análise do § 3º do an. 267 do CPC 6 1 6

4. Decisões que examinam o mérito (art. 269 do CPC) 6 1 9

4. 1 . Resolução ou julgamento de mérito? 6 1 9

4.2.

J ulgamento do mérito: a procedência e a improcedência 620

4.2. 1 . Generalidades .....
620

4.2.2. A decisão que não acolhe a afirmação

de contradireito como uma decisão de mérito..... 62 1

4.3.

Homologação da autocomposição das partes.....
622

4.4.

Decadência e prescrição .....
624

Capítulo XXI

SUSPENSÃO D O PROCESSO
..... 627

1 . Noções gerais .....
..... 627

2. Hipóteses de suspensão
..... 628

2. 1 . Morte ou perda da capacidade processual

de parte, representante legal ou advogado .....
628

2.2.

Convenção das partes. ....
..... 630

2.3.

Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição .....

63 1

2.4.

Prejudicialidade ou prelirninaridade externa (art. 265, IV, "a")..... 6
3 1

2.5.

Depender da verificação de um fato

ou da produção de uma prova (art. 265, IV, "b") .....
632

2.6.

Julgamento de questão de estado objeto

de pedido de declaração incidente (art. 265, IV, "c")..... .....
633

2.7. Força maior
..... 635

2.8.

Outros casos de suspensão .....
635

2.9.

Suspensão do processo em razão da concessão de medida

liminar em ação declaratória de constitucionalidade .....
636

3. Prática de atos durante a suspensão do
processo..... 637

BIBLI
OGRAl<IA.....

643

1 8

NOTA DO AUTOR À DÉCIMA QUINTA EDIÇÃO

Começo essa nota do mesmo jeito: muito obrigado.

A acolhida que este Curso tem recebido dos alunos, dos professores, dos processualistas e dos tribunais me tem surpreendido positivamente. E,

consequentemente, me tem estimulado a prosseguir neste caminho.

Esta nova edição do volume l vem com uma muitas mudanças.

Acrescentei um novo capítulo, inteiramente dedicado à mediação e à conciliação. A Resolução n. 125/20 l O do Conselho Nacional de Justiça é a base normativa deste capítulo, cuja razão de ser principal é a importância que o tema vem ganhando nos cursos de graduação em Direito e na prática jurídica.

Há, ainda, vários itens novos.

No capítulo sobre os princípios processuais, acrescentei itens sobre o princípio da eficiência e sobre o princípio da proteção da confiança.

No capítulo sobre jurisdição, fiz alguns ajustes, sobretudo para tornar mais simples a listagem dos princípios relativos à jurisdição, eliminando aqueles que eram, na verdade, características da jurisdição. Não se tratava de normas-princípio que regulavam o exercício da jurisdição.

No capítulo sobre a Teoria da Ação, criei dois itens novos: um dedicado à demonstração do conteúdo complexo do direito de ação e outro cujo propósito é apresentar as distinções entre os conceitos de ação, direito de ação, proced imento e direito afirmado. Ainda no capítulo sobre o direito de ação, aperfeiçoei o item dedicado à ação meramente declaratória, com o intuito de realçar as peculiaridades da causa de pedir nessa demanda - no particular, contei com a proveitosa leitura do texto de Daniela Bomfim, várias vezes citado.

Reconstruí a minha concepção sobre o objeto litigioso do processo, para defender que o exercício de contradireito pelo réu, em sua defesa, é fato que amplia o objeto da decisão. Essa mudança de entendimento impôs-me criar um item específico sobre o regime jurídico processual dos contradireitos, no capítulo sobre a resposta do réu, e um item sobre a natureza da decisão que não acolhe o contradireito, no capítulo sobre a extinção do processo. Nesse último item, defendo o entendimento de que a decisão que, por exemplo, não acolhe a prescrição, é decisão de mérito, apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Ainda no capítulo sobre a extinção do processo, refiz a classificação das hipóteses de extinção do processo sem exame de mérito, a partir da provocação de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: tirei as hipóteses de extinção por abandono do gênero extinção por

"revogação" e criei um gênero novo, extinção por abandono - é que o abandono é ato-fato jurídico, diferentemente da revogação, que é negócio jurídico uni lateral.

1 9

fREDIE DIDIER JR.

Resolvi, também no capítulo sobre a Teoria da Cognição, dedicar mais atenção à análise da prescrição como questão prévia. Defendo que ela pode ser uma

questão prejudicial ou preliminar, a depender do vínculo lógico que mantenha com a questão subordinada. Não é sempre uma questão preliminar, como o texto anterior dava a entender.

No capítulo sobre a petição inicial, acrescentei item em que esboço uma teoria da iJ1terpretação de atos postulatórios - tema pouquíssimo tratado pela doutrina brasileira, nada obstante d iversas decisões do STJ a respeito.

Fiz, ainda, aprimoramentos técnicos em praticamente todos os capítulos.

Revisei e atualizei todos os capítulos. Contei, para tal empreitada, com a imprescindível ajuda de Rafael Ferreira, a quem agradeço penhoradamente.

Gostaria de fazer um agradecimento especial a Arthur Sombra, Gabriela Meira, Roberto Gouveia Filho, Manuel "Rolo", Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Thais Mendonça, Rafael Alexandria de Oliveira, Daniela Bomfim, Eduardo Sodré, Paula Sarno Braga, Lorena M iranda, Willian Ton-es e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos, que me fizeram diversas sugestões, praticamente todas acolhidas.

Estou à disposição para qualquer contato acadêmico e para ouvir críticas e sugestões: www.frediedidier.com.br e facebook.com/FredieDidierJr.

Salvador, Bahia, em janeiro de 2013.

Fredie Didier Jr.

www.frediedidie1: com. br

facebook.com/FredieDidierJr

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO À TEORIA DO PROCESSO E AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEOS

Sumário • 1. Introdução 2.

-

Conceito de processo - 3. Processo e direito material. Instrumental idade do processo. Relação circular entre o direito material e o processo -4. Algumas características do pensamento juridico contemporâneo - 5. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e íomialismo valorativo. A atual fase metodológica da ciência do processo - 6. A ciência do processo e a nova metodologia jurídica: 6.1 . Constituição e processo; 6.2. Princípios processuais; 6.3. A nova feição da atividade jurisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais; 6.4. Processo e direitos fundamentais - 7.

7. A tradição jurídica brasileira: nem civil law nem common lmv.

! . INTRODUÇÃO

Na introdução de um Curso de Direito Processual Civil, hão de constar as premissas teóricas que permeiam toda a obra, notadamente quando elas são indispensáveis à correta compreensão da Teoria do Processo e do Direito processual civil contemporâneos.

Este Curso pauta-se na premissa de que o direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido a partir da resultante das relações entre o direito processual e a teoria do direito, o direito constitucional e o direito material.

É preciso estabelecer um diálogo doutrinário interdisciplinar.

A relação entre o processo e o direito material, embora reconhecida há bastante tempo, deve ser continuamente lembrada e revisitada.

A teoria do direito e o direito constitucional têm passado por profundas transformações nos últimos anos. Todas elas repercutiram e repercutem no direito processual.

Esse capítulo tem o objetivo de introduzir o aluno ao modelo teórico que se reputa mais adequado para a correta compreensão e aplicação do direito processual.

Primeiramente, vamos examinar a relação entre o processo e o direito material.

Depois, verificaremos de que modo as recentes transformações da metodologia jurídica repercutiram na teoria do direito e no direito constitucional e, então, de

que modo tudo isso repercutiu no direito processual.

Ao final, abordaremos a questão do enquadramento do direito brasileiro nos modelos de sistema jurídico conhecidos como civil law e common law.

A pretensão didática deste Curso impede maiores divagações. Os temas serão abordados com a profundidade suficiente apenas para que possam ser demonstradas as suas conexões com o direito processual.

2 1



FREDIE DIDIER JR.

2.CONCEITO DE PROCESSO

O processo pode ser examinado sob perspectiva vária. Variada será, pois, a sua definição.

O processo pode ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica.

Sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, processo é o método de produção de normas jurídicas.

O poder de criação de normas (poder normativo) somente pode ser exercido processualmente. Assim, fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de nom1as gerais e individual izadas pela Administração) e processo jurisdicional (produção de normas pela jurisdição). É possível, ainda, conceber o processo negocial, método de criação de nonnas jurídicas pelo exercício da autonomia privada.1 Para esse livro, importa destacar a concepção de processo como método de exercício da j urisdição. Sob esse enfoque, o conceito de processo pertence à Teoria do Direito2, para além da Teoria do Processo, que de resto é um excerto daquela.

A jurisdição exerce-se processualmente. Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional . Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo.

O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, eretividade,juiz natural, duração razoável do processo etc.). A análise do modelo de processo civil brasileiro será feita no capítulo sobre o devido processo legal e os demais princípios do processo.

O processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico é uma espécie de ato jurídico.

Examina-se o processo a pa1tir do plano da exis1éncia dos fatos jurídicos. Trata-se de um ato jurídico complexo. Processo. neste sentido, é sinônimo de procedimento.

Trata-se de ato jurídico "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (. . .) No ato-complexo há um ato.final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um ce1to fim"3• Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de fonnação sucessiva": os vános atos que compõem o tipo nonnativo sucedem-se no 1 . PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 4; ROCHA. José Albuquerque. Teoria Geral do Processo. S.cd. São Paulo: Malheiros, 200 1 , p. 22-23; BRAGA, Paula Sarno. Aplicaç<io do devido processo legal às relações privadas. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 40-43.

2. FAZZALARJ, Elio . .. Processo. Tec,ria generalc'·. Novíssimo Digesto Italiano, v. 1 3, p. 1 .068-1 .069.

3. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato j11rídica -plano da existência. 1 O. cd. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 137-138.

tempo4• O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva5, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional6. O conceito de processo, também aqui, é um conceito da Teoria do Direito, especialmente da Teoria do Processo, que é sub-ramo daquela.

Pode-se cogitar do procedimento como um gênero, de que o processo seria uma

espécie. Neste sentido, processo é o procedimento estruturado em contraditório'.

Sucede que, atualmente, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja "processual"; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Cogita

-se, então, de um direito fundamental à processualização cios proceclimen/os: "que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens".8

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, o processo pode ser encarado como efeitojurídico; ou seja, pode-se encará-lo pela perspectiva do plano da eficácia dos.fatos jurídicos. Neste sentido, processo é o conjunto das refaçõesjurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.)9. Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, j uiz-órgão do Min istério Público etc.

Pode causar estranheza, de fato, a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e os seus respectivos efeitos j urídicos. CARNELUTn apontara o problema, ao afinnar que, estando o processo regulado pelo Direito, não pode 4. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das 1111/idades aplicada às nulidades processuais.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82; FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o procedimenlo no processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 3 1 -33.

5. CONSO, Giovanni. / Farri Giuridici Processuali Penali. Milano: Giuffrê, 1955, p. 124. Em sentido muito próximo, BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal às relações privadas. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 35.

6. Há quem entenda que o processo não é um ato complexo, mas um "ato-procedimento'", que é uma

"combinação de atos ele efeitos jurídicos causalmente ligados entre si", que

produz um efeíto final, obtido através de uma cadeia causal dos efeitos de cada ato (CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direiro. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 504). No mesmo sen1ido, SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo - o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vicias do aclo postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1 00. Os autores trabalham com outra acepção ele ato complexo, distinta daquela aqui utilizada.

7. FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale", cit., p. 1 .072. No Brasil, desenvolvendo o pensamento de Fazzalari, GONÇALVES, Aroldo Plínio. Tecnica processual e leoria do processo. Rio de Janeiro: A ide, 200 1 , p. 68-69 e 1 02-132; NUNES, Dicrle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

8. DANTAS, Miguel Calmon. "Direito fundamental à processualização". Constituição e processo. Luiz Manoel Gomes Jr., Luiz Rodrigues Wambier e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 4 1 8.

9. GREGER, Reinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). Revista de Processo.

São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 125.

deixar de dar ensejo a relações jurídicas, que não poderiam ser ao mesmo tempo o próprio processo"º.

A prática, porém, é corriqueira na ciência jurídica. Prescrição, por exemplo, tanto serve para desigaar o ato-fato jurídico (omissão no exercício de uma situação jurídica por determinado tempo) como o efeito jurídico (encobrimento da eficácia de uma situação jurídica).

Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica", que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afumar que o processo é uma relação jurídica complexa. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse viés, um conjunto (feixe12) de relações juridicas. Como ressalta PEDRO

HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA, "há a relação jurídica processual (que não deve ser usada com a pretensão de exaurir o fenômeno processual), assim como pode haver outras tantas relações j urídicas processuais decorrentes de fatos jurídicos processuais".13

É possível, em nível teórico, estabelecer um conceito de processo como relação j urídica, nestes tem1os. Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição.

Ou seja: não há como saber, sem examinar o direito positivo, o perfil e o conteúdo das situações jurídjcas que compõem o processo. No caso do direito brasileiro, por exemplo, para definir o conteúdo eficacial da relação jurídica processual, será preciso compreender o devido processo legal e os seus corolários, o que faremos no capítulo próprio.

Assim, não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica, conceito lógico

-jurídico que não engloba o respectivo conteúdo desta relação jurídica. É preciso 1 0. CARNELUTTI, Francesco. Dirillo e processo. Napoli: Morano, 1958, n. 20, p. 35.

1 1. Desde Bülow (BÜLOW, Oskar. la teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.

Miguel Angel Rosas Lichtschein (tracl.). Buenos Aires: EJEA, 1964, p. 1 -4) sistematizou-se a concepção de relação jurídica processual, tal como ainda hoje utilizada, com algumas variações, apesar das críticas.

As objeções doutrinárias tentam realçar, sobretudo, a insuficiência do conceito, que seria abstrato, estático e, por isso, incapaz de refletir o fenõrneno processual em sua inteireza. As críticas não conseguem elidir a constatação de que o

procedimento é fato jurídico apto a produzir as relações jurídicas que formam o processo. Para a crítica: GOLDSCHMI DT, James. Principios Generales dei Proceso. Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1 , p. 15, 25, 57-63; MANDRJOLI, Crisanto. Dirillo Processual e Civile, Torino: Giappichelli, 2002, v. 1, p. 40; RJVAS, Adolfo. Teoria General Dei Derecho Procesal. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p.

3 14. No Brasil, formularam críticas à noção de processo como relação jurídica: GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: A ide, 2001, p. 97- 1 0 1 ; MARINONI, Luiz Guilhem1e. Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p.

396-398; MITTDIERO, Daniel Francisco. Eleme/l/os para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140- 1 4 1 .

1 2 . CARNELUTII, Francesco. Dirillo e processo. Napoli: Mora no, 1958, n . 20, p . 35; MONACCIANI, Luigi.

Azione e Legi11i111azione. Milano: GiuflTre, 1 95 1 , p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedime1110 e o procedi111e1110 110 processo penal. São Paulo: RT, 2005, p. 28.

13. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. ln: DlDlER JR., Fredie (nrg.).

Teoria do Processo - Panorama Doutrinário Mundial - 2" série. Salvador: Jus Podivm, 20 1 O, p. 767.

lembrar que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais nonnas processuais que devem observância àquela.14

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, segundo a visão de F AZZALARI, não se faz necessário

abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica.

O termo "processo" serve, então, tanto para designar o ato processo como a relação jurídica que dele emerge. 15

3. PROCESSO E DIREITO MATERIAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCES

SO. RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE O DIREITO MATERJAL E O PROCESS016

O processo é um método de exercício da j urisdição. A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo. Essas situações jurídicas são situações substanciais (ativas e passivas, os direitos e deveres, p. ex.) e correspondem, grosso modo, ao mérito do processo. Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material processualizado.

Se em todo processo há uma situação jurídica substancial afirmada ("direito material", na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se deve supor. A separação que se faz entre "direito" e "processo", importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela.

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material17.

O termo instrumentalismo não significa qualquer espécie de diferença "hierárquica"

entre o processo e o direito material. Não se pode ignorar a lição de CALMON DE

PAssos, que não aceita a existência da "instrumental idade do processo". Eis excerto da sua lição: " ... separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção

como ato decisório, será 14. Sobre o tema, amplamente, NUNES, Dierle José Coelho. Processojuri.1·dicional democrático, cit., p. 208-250.

15. FoscH1N1 bem percebeu essa multiplicidade de enfoques: "la nostra conclusione e che il processo: a) da un punto di vista (astratto) normativo e un rapporto giuridico complesso; b) da un punto di vista (concreto) statico e una situazione giuridica complessa; e) da un punto di vista (pur esso concreto ma) dinamico e un atto giuridico complesso". (FOSCHfNI, Gaetano. Natura Giuridica dei Processo. ln: Rivisla di Dirillo Processual e. Padova: CEDAM, 1948, v. 3, pane 1, p. 1 1 O)

1 6. É preciso registrar que este item sofreu forte influência das discussões travadas com o Prof. Roberto Gouveia Filho, da Universidade Católica de Pernambuco, defensor combativo dessas ideias.

17. Sobre o assunto, DINAMARCO, Cândido Rangel. A instmmentalidade do processo. 7 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.



dissociar-se o que é indissoci í1vel . Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu emmciar fazem um. Falar-se, pois, em instrurnentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um"18•

CALMON DE PAssos está certíssimo. O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder.

Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista.

Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às normas materiais.

Observe que essa perspectiva é fundamental para compreender uma série de institutos processuais: a) causa de pedir (capítulo sobre petição inicial, neste volume do Curso); b) conteúdo da sentença e coisa julgada (v. 2 do Curso); c) intervenções de terceiro (neste volume do Curso); d) defesas do demandado (neste volume do Curso); e) princípio da adequação do processo (capítt.lio sobre princípios do processo, neste volume);}) condições da ação (capítulo sobre a teoria da ação, neste volume); g) direito probatório (v. 2 deste Curso); h) as peculiaridades do processo coletivo (v. 4 deste Curso) etc É impossível

.

compreender esses temas sem analisar a relação que cada um desses institutos mantém com o direito material processualizado.

Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece en tTe o direito material e o processo é circular. "O processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele"19• É corno afirma HERMES ZANETJ JR.:

"Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo 'nexo de finalidade ' que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se toma viva, o direito objetivo, interpretado 110 processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito"2º.

18. PASSOS, José Joaquim Calmon de. ·'lnstrumentalidade do processo e devido processo legal". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2001, n. I 02, p. 64.

19. CARNELUTII, Francesco. "Profilo dei raporti tra diri110 e processo". Ri vista di Dirillo Processuale, 1 960, v. 35, n. 4, p. 539-550. Sobre o tema, ainda, ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito 111a1erial e processo. Guilherme Rizzo Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165- 1 96.

20. ZANETI Jr., Hermes. "Teoria Circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)". Polémica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito 111a1erial e processo, cit., p. 192.

INTRODUÇÀO À TEORIA DO PROCESSO E AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEOS

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em urna relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

O processualista contemporâneo não pode ignorar isso.

4. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO PENSAMENTO JURÍ DICO CONTEM

PORÂNEO

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este Curso o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia.

isso não significa que devam ser desprezadas as "velhas " construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensclo do.fenômeno processual.

Os institutos da Teoria do Direito (situações jurídicas, fatos jurídicos, norma jurídica etc.) e a 1-1 istória do Direito e do pensamento jurídico, tradicionais objetos das investigações científicas, nã.o podem ser ignorados. A Teoria do Processo, aliás, é composta exatamente desses conceitos jurídicos fundamentais aplicáveis ao processo: competência, relação jurídica processual, atos processuais etc.

O que se busca realçar neste capínilo é a necessidade de um aggiornarmento21 do repertório teórico do operador do Direito.

É preciso, então, apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.

Sem qualquer pretensão de exaurir a investigação sobre o tema e dando relevo apenas àquelas que mais se relacionam à aplicação do Direito processual civil, eis o rol das mais importantes características do atual pensamento jurídicon

2 1 . Palavra italiana de diflcil tradução. Seria algo como ·'atualização", "pôr em dia" . .. Giomo", em italiano, significa "dia". O termo foi utilizado durante o Concílio Vaticano li e que o Papa João XXlll "popularizou como expressão do

desejo de que a Igreja Católica saísse actualizada do Concilio Vaticano l l", segundo a Wikipedia. Por outras palavras, "'o aggiornamcnto é a adaptação e a nova apresentação dos princípios católicos ao mundo actual e moderno, sendo por isso um objcctivo fundamental do Concilio Vaticano 11'".

O termo se expandiu para além do discurso religioso e costuma ser utilizado sempre que se pretende fazer uma adequação de um conjunto de ideias a uma nova realidade.

22. Para uma sistematização mais exaustiva, o excelente texto (leitura obrigatória) SARMENTO, Daniel. "O

neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". leiluras comp/emenlares de Direi/o Conslilucional - Teoria da Cons/iluição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 3 1 -32.

fREDIE DIDIER JR.

a) Reconhecimento da força nonnativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.

A afirmação atualmente parece ser um truísmo. Mas nem sempre foi assim. Após a Constituição de 1 988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição, como norma jurídica, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Como explica DANIEL SAR

MENT023:

"O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão.

Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade".

Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)24•

b) Desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa25: o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.

e) Transformação da hem1enêuticajurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto da interpretação daquele26.

Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da concretização dos textos normativos, que passa a conviver com o método da 23. SARMENTO, Daniel. "O ncoconsrnucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades'", cit., p. 3 1-32.

24. Sobre o tema. de um modo geral, ZAGREBELSKY, Gustavo. E/ derecho dticril: ley. derechos. jusricia.

8' ed. Madrid: Editorial Troua. 2008. Sobre o tema e a sua relação com o processo, MITIDIERO. Daniel.

Processo civil e esrado co11srir11cio11a/. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

25. A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além do livro de Humberto Ávila, citado ao longo do texto, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Co11srit11cio11al e Teoria da Co11srituiçcio.

6'. ed. Lisboa: Ahnedina, 2002; ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fi111da111e11rales. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitueionales, 2002, p. 8 1 -172; Teoria dos direitos fundamentais. Virgílio Gomes da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros Ed., 2008; BARROSO, Luis Roberto (org.). A nova inre111reraçào co11sri111cio11al. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de.

A eficácia jurídica dos princípios w11sti111cio11ais. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 59-102.

26. GUASTINl, Riccardo. Das fomes às normas. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 1 3 1 .

subsunção27. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.

d) Expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos.

Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica28• Talvez o que marque este momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vêm inspirando doutrinadores em inúmeros países.

Vejamos alguns exemplos de como essas transformações têm repercutido no Direito processual. Antes, porém, examinaremos uma questão de cunho terminológico e histórico: qual deve ser a designação deste estágio do desenvolvimento do Direito processual.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E FORMALIS

MO VALORATIVO. A ATUAL FASE METODOLÓGICA DA C IÊNCIA DO PRO

CESSO

"A essa fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de Neoconstitucionalismo29.

A designação não é das melhores, em razão da sua vagueza30, mas indiscutivelmente tem 27. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: "muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos tipicos da dogmática tradicional". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso ex1raordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.)

28. Demonstrando que a força normativa da constituição e a interpretação flexível dos textos nonnativos não são novidades históricas, DIMOULIS, Dimitri. "Uma visão crítica do neoconstitucionalismo". Conslil11ição e efe1ividade cons!itucional. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 43-53.

29. Termo cunhado por POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. Doxa. v. 2 1 OI!, 1998, p. 339, disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlct/Sirve0bras/23582844322570740087891/

l /volll/DOXA2 1 Vo.11_25.pdf., acesso em 2 1 . 1 0.2009, l 5h30. A bibliografia sobre o assunto é muito vasta. Apenas para exemplificar, além dos textos citados ao longo deste capítulo: CARBONNEL, M iguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003; __ . (org.). Teoria dei 11eoconsril11cionalis1110. Madrid: Editorial Trotta, 2007; DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. Neoco11s1i1uciona/is1110 e posilivismo juridico. São Paulo: Lamly Editora, 2006; MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). Neoco11sri1ucio11alismo e direi/os fundamen/ais. São Paulo: Atlas, 2009; QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia ele Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). Neocons1i1ucio11alis1110. Rio de Janeiro: Forense, 2009; MOREIRA, Eduardo Ribeiro.

Neocnnslilucionalismo - a invasão da Consli111ição. São Paulo: Método, 2008; BARROSO, Luís Roberto.

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.

Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 8 5 1 , 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.corn.br/doutrina/texto.

asp?id=7547>. Acesso em: 23 dez. 2007; ___ . "Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". A nova interprelação conslit11cional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; DIMOULIS, Dimitri, DUARTE, Éeio Oto (coorcl.). Teoria cio direito neoco11s1i1uciona/. São Paulo: Método, 2008.

30. Não é por outra razão que os autores falam que há vários "neoconstitucionalismos,.. É como afirma Daniel Sarmento: "Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se

NTO,

fREDIE DIDIER JR.

apelo, razão pela qual se tem difundido com muita facil idade, principalmente nos países latinos. Há quem denomine esta fase de "pós-positivismo", o que também não quer dizer muita coisa a não ser o fato de que é um es

,

tágio posterior ao "positivismo" característico da segunda metade do século X I X e primeira metade do século XX. Talvez fosse mais adequado referir a um "positivismo jurídico reconstruído " ou neopositivismo31•

Há muitas críticas ao Neocons1i111cionalis1110. Fugiria às pretensões didáticas deste Curso fazer uma resenha de todo pensamento sobre o tema.

Pode-se afim1ar que não há dissenso em torno das características gerais desta atual fase da metodologia jurídica, apontadas no item anterior32•

As discussões têm por alvo a tenninologiaB, aspecto que reputamos secundário, e os abusos e incompreensões que o oba-oba34 em torno dessas transfonnações tem causado.

Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas "novidades": a) supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das nomias-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais nonnas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema j urídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; b) supervaloriza-se o Poder

.Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; c) supervaloriza-se a ponderação em detrimento da subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regra35•

de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema.

filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robe1t Alcxy. Pctcr H1iberle, Gustavo Zagrebclsky, Luigi Fcrrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje. ou já se definiu. no passado, como ncoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos au1ores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posiçõesjusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hennenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, com unitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o ncoconstitucionalismo. talvez porque. como já revela o bem escolhido título da obra organi7..3da por Carbonell. não

exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção 1córica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo. mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa". (SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 33-34.) 3 1 . CAM Bl. Eduardo. Neoco11s1i111c1onalismo e 11eoproces.mafis1110 -direi/os fu11da111e111ais, pofíricas públicas e pro1agonismo judiciário. São Paulo: RT, 201 O. p. 78 e scgs.

32. Sobre esse consenso, SARME

Daniel. "O ncoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 49.

33. Sobre a crítica à terminologia, DIOULIS, Oimitri. "Uma visão critica do neoconstitucionalismo", cit..

p. 53. O autor entende que o chamado "neoconstitucionalismo" é apenas uma "designação aherna1iva da corre111e da teoria do direi10 conhecida como 111orafis111ojurídico em razão de sua adesão à tese da vinculação (ou junção) entre dirci10 e moral" (p. 56). Assim. entende que a nova designação é "inútil", pois ou se trata do 111orafis1110 jurídico ou é sinónimo do bicentenário movimento consri111cio11afisra (p. 57).

34. SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 60.

35. Recomenda-se a leitura do excelente texto de Humberto Ávila, em que essas críticas foram muito bem descm·olvidas; reputa-se texto cujJ leitura é indispensável: ÁVlLA, Humberto. "'Neoconstitucionalismo: entre 30



[NTRODUÇÃO À TEORIA DO PROCESSO E AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEOS

As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do "cabo ele guerra", chega-se ao equi 1 íbrio.

A evolução h istórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o

direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processua!ismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (sobre a instrumental idade, ver item anterior).

Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve ele avançar, e avançou.

Fala-se, então, de Lun Neoprocessualismo36: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já bá significativa bibl iografia nacional que adota essa linha37•

a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'". Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009. Disponível na internet: http://www.dircitodoestado.com.

br/rede.asp, acesso em 2 1 . 1 0.2009, l 4h02. Também a propósito o excelente ensaio SARMENTO, Daniel.

.. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 52 e segs.

36. CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo". Processo e constituição - estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr.

(coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo

-direitosjimdamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. cit.; GOZAfN 1, Osvaldo A lfredo. "EI

'neoprocesalismo'". Revista Jberoamericana de Derecho Procesal. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.

37. No Brasil, podem ser citados, apenas como exemplos: MARINONI, Luiz

Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo c neoprocessualismo". Processo e constituição - estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT. 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessua/ismo - direitos jimdamentais, políticas públicas e protagonismo j1.1diciário. cit.; OLIVEIRA, Carlos Albe110 Alvaro. "O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais'". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gêncsis, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor 110 execuçcio civil. São Paulo: RT, 2003; ZA NETl Jr., Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MlTIDIERO, Daniel. Colaboraçcio no processo civil.

Sã.o Paulo: RT, 2009; ZOLLlNGER, Mareia. Proteçcio processual dos direitos jimdamentais. Salvador: Editora JUS Podivm, 2006; DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça: os direitos process11-aisf11nda111entais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; BRAGA, Paula Sarno. Aplicaçcio do devido processo legal às relações privadas. Salvador: JusPodivm, 2008; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e (em face da) Co11stituiçãn - princ ípios conslÍtucionais do processo penal. 3' ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SAM PAlO Jr., José 1-!erval. Processo constitucional - nova concepçcio de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.

FREDIE D101ER JR.

O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida.

Demais disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é

a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo "neo"38.

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto AI varo de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo39, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de RODRÍGUEZ URJOES40• Embora seja corTeto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto h istórico do Neoconstitucionalismo, oformalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores "neoconstitucionalistas".

Este Curso segue essas premissas teóricas, com as considerações críticas feitas acima, continuamente repisadas ao longo de toda a obra.

6. A CIÊ NCIA DO PROCESSO E A NOVA METODOLOGIA JURÍ DICA

6. 1 . Constituição e processo

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões.

38. Um dos livros-símbolo desta nova fase é MARINO 1, Luiz Guilhenne. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. O autor, embora não use o termo '·neoprocessualismo", propõe-se a repensar as categorias fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo) a partir das premissas do Estado Constitucional, dedicando, inclusi' e, um capitulo à exposição do "Neoconstitucionalismo" e outro à "Teoria dos Direitos Fundamentais".

39. OLIVElRA, Carlos Alberto AI varo de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o fonnalismo excessivo"

Revista de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137, também publicado em

DIDIER Jr., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) Teoria do processo - panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 125-1 50. A propósito do tema, \'er, ainda, ZANETI Jr., Hcnncs. P1vcesso constilllcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. Colaboração 110 processo civil. São Paulo: RT, 2009.

40. UR.IBES, José Manuel Rodriguez. For111a/is1110 ético y consti111cionalis1110. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 1 0 1 e segs.

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem41 e o Pacto de São José da Costa Rica42 são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova i l ícita etc.), que serão examinados neste Curso. Ao devido processo legal, que serve de parâmetro para a identificação de um modelo constitucional brasileiro de processo jurisdicional, dedicar

-se-á boa parte do próximo capítulo.

De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizacloras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços recíprocos. O aprimoramento da j urisdição constitucional, em cujo processo se permite a intervenção do amicus curiae (ver item no capítulo sobre intervenção de terceiro) e a realização de audiências públicas43, talvez seja o exemplo mais conhecido44.

6.2. Princípios processuais

Atualmente, é muito frequente na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira a referência aos principias processuais45. Reconhece-se a eficácia nonnativa direta de 4 1 . Artigo 6.0 l - 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 carácter 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 protecção 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.

42. Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. A1tigo 1 O - Direito à indenização. Toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário. Artigo 2 5 - Proteção judicial. l . Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: 3. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; 4. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e 5. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

43. SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", cit., p. 50.

44. Sobre essas duas dimensões da constitucionalização do Direito Processual, MITlDfERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: RT, 2009, p. 42; DIDIER Jr., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 20 l O, p. 72-74.

45. Teresa Arruda Alvim Wambier faz um interessante resumo do ganho paulatino de importância que os princípios vem adquirindo ao longo da história do direito. (WAMB!ER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009, p. 6 1 .) 33

princípios processuais, tais como o princípio do devido processo legal e o princípio da duração razoável do processo, examinados mais à frente.

Princípio é espécíe normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido46. Se essa espécie normativa visa a um determinado "estado de coisas", e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos, "esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza"47. Enfim, ainda com base

no pensamento de HUMBERTO ÁvrLA: "os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, insti tuem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários".

O princípio pode atuar sobre outras nonnas de forma direta ou indireta48•

A eficácia direta de um princípio "traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de w11 outro (sub-)princípio ou regra"49. Nesse plano, os princípios exercem uma função integrativa: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras.

A despeito da ausência de previsão normativa expressa de um comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado, o princípio irá garanti-lo.

O exemplo citado por HuMBEJffO ÁvJLA é bem i11teressante. lmagine que se crie um procedimento sem a previsão para que uma parte se manifeste sobre as alegações da outra. Não há regra expressa que, no caso, concretize o princípio do devido processo legal, que, porém, garantirá diretamente o direito de defesa50.

A eficácia de um princípio do processo não depende de intermediação por outras regras j urídicas, espalhadas topicamente na legislação. O princípio da boa-fé processual, por exemplo, toma devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível cogitar de situações j urídicas processuais atípicas (não expressamente previstas) decorrentes da eficácia direta com função integrativa do princípio da boa-fé processual.

Há, porém, normas que servem à concretização dos princípios processuais. Os meios para alcançar esse "estado de coisas", que o princípio busca promover, podem ser típicos, detem1jnados por subprincípios ou por regras jurídicas, que servem para delimitar o exercício do poder e, assim, conter a arbitrariedade da autoridade jurisdicional, na construção da solução do caso que lhe for submetido.

Quando atuam com a "intermediação" de outras normas, fala-se que os princípios têm uma eficácia indireta51•

46. Á VlLA, Humberto. Teoria dos princípios. 5' ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 78-79.

47. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princ ípios. S3 ed., cit., p. 80.

48. Á VlLA, Humberto. Teoria dos princípios. 5' ed., cit., p. 97.

49. ÁVlLA, Humberto. Teoria dos princípios. S' ed., cit., p. 97.

50. Á VILA, Humberto. Teoria dos principias. 5' ed., cit., p. 97.

S 1. Á VILA, Humberto. Teoria dos princ ípios. 5' ed., cit., p. 98.

As normas que servem como "ponte", a intermediar a eficácia do princípio, podem ser outros princípios (subprincípios) ou regras.

Um princípio do processo pode ser considerado um subprincípio: norma menos ampla, que se relaciona a u m outro princípio mais amplo. Um princípio pode, ainda, relacionar-se com regras, normas que em comparação a ele são ainda menos amplas.

Os subprincípios exercem uma função definitória em relação aos princípios (normas mais amplas, que podem ser designadas como "sobreprincípios"): delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio52.

Assim, por exemplo, o princípio da boa-fé processual pode ser encarado como um subprinc ípio do princípio do devido processo legal (nesta relação, um sobreprincípio) : o processo para ser devido (estado de coisas que se busca alcançar) precisa ser cooperativo ou leal. Cabe lembrar, ainda, que os princípios não têm pretensão de exclusividade53: um mesmo efeito jurídico (direito a um processo efetivo, p. ex.) pode ser resultado de diversos princípios (princípios do devido processo legal ou princípio da inafastab i lidade da jurisdição, ambos examinados neste volume do Curso). O princípio da boa-fé, aqui examinado como um sobreprinc ípio, também pode ser visto como um subprinc ípio dos sobreprincipios do devido processo legal ou da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana. Não há problema em relação a isso. O principio do devido processo legal pode ser considerado um subprincipio do princípio do Estado de Direito ou do princ ípio de proteção da dignidade da pessoa humana; pode, também, como visto, ser considerado um sobreprincípio, quando se relaciona com os princípios do contraditório ou da boa-fé processual.

Designar um princípio como sobre ou sub é apenas uma técnica de demonstrar em que posição o princípio está em uma relação com um outro princípio.

As regras também exercem uma fünção definitória em relação aos princípios, na medida em que "delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios"54. Assim, por exemplo, é exigência do princípio do contraditório que o órgão jurisdicional tenha o dever de dar oportunidade de a parte manifestar-se sobre a demanda que lhe foi dirigida. Esclarece-se, assim, que o princípio do contraditório garante o direito à defesa.

Os princípios exercem, ainda, em relação às normas menos amplas, uma função inte1pretativa, "na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos" 55. Não se admite uma interpretação de um texto normativo que dificulte ou impeça a realização cio fim almejado pelo princípio.

52. Á VILA, Humberto. Teoria dos princípios. 5" ed., cit., p. 98.

53. CANA RIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceilo de sistema na ciência do direito. 3ª ed.

António Menezes Cordeiro (trad.). Lisboa: Fundação Calousle Gulbenkian, 2002, p. 90.

54. ÁVILA, Humberto. Teoria dos principias. 5" ed., cil., p. 1 03.

55. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 5" ed., cil., p. 98.

FREDIE DIDIER IR.

Os princípios exercem, enfim, uma função bloqueadora: servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover. Assim, por exemplo, o princípio do devido processo legal serve para fundamentar a não-aplicação de dispositivos normativos que pem1itam uma decisão judicial sem motivação.

Essa sistematização da teoria dos princípios serve, ainda, para que se possa dar uma interpretação mais adequada ao art. 1 26 do CPC56, que menciona os

"princípios gerais do direito" como a última fonte de integração das lacunas legislativas. Esse texto normativo precisa ser reinterpretado. O juiz não decide a "lide" com base na lei; o juiz decide a "lide"

conforme o "Direito", que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas: regras e princípios57• Os princípios não estão "fora" da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem.

6.3. A nova feição da atividade j urisdicional e o Direito processual: sistema de precedentes, criatividade judicial e cláusulas gerais processuais A nova feição da atividade j urisdicional redesenhou o Direito processual.

De um lado, estrutura-se um sistema de precedentes judiciais, em que se reconhece eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência. A proliferação das

"súmulas" dos tribunais e a consagração da "súmula vinculante do STF" (art. 1 03-A, CF/88) são os exemplos mais ostensivos. A complexidade do sistema brasileiro de precedentes judiciais será examinada no capítulo respectivo do v. 2 deste Curso, para onde se remete o leitor.

A criatividade da função j urisdicional é também característica atualmente bem aceita pelo pensamento jurídico contemporâneo. O tema será examinado em item próprio no capítulo sobre jurisdição, neste volume do Curso, para onde se remete o leitor.

Além disso, há as cláusulas gerais processuais.

Cláusula geral é uma espécie de texto nonnativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, urna indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa58. Há 56. Art. 126 do CPC: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

No j ulgamento da lide caber-lhe-á aplicar as nonnas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Trata-se da reprodução do an. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto Lei n. 4.6571 1 942.

57. Não se desconhece o pensamento de Humberto Ávila, que acrescenta os

"postulados" ao rol de espécies normativas. A referência apenas a .. regras" e "princípios" deve-se ao caráter didático deste Curso. O postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. A proporcionalidade e a razoabilidade seriam poslu/ados normativos, e não princípios. Sobre o tema, amplamente, Á VILA, Humberto. Teoria dos princípios. 5' ed. São Paulo: alheiros Ed., 2006, p. 1 2 1 e segs.

58. M.ARTfNS-COSTA, Judith. A boa/é no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Cmfo. "L'avvennira delle clausole generali". l?ivista Critica dei Diritto Priva/o, 1 986, ano 1 V, n. 1 , p. 24, nota 14: ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção 36

várias concepções sobre as cláusulas gerais. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

A técnica das "cláusulas gerais" contrapõe-se à técnica casuística59. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que

tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies60.

É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional61• O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento j urídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

O método da subsunção do fato ao enunciado normativo, próprio e útil para os casos de textos normativos típicos e fechados, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção. "Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de ' individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, ' tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção"62•

na aplicação do direito". Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: ED!PUCRS, 1 997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. "O

Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". Reflexos do Novo Código Civil no Direi/o Processual. Salvador: Edições JUS POD!VM, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo e NAL!N, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". Aspectos polémicos e atuais cios recursos cíveis e de oulros meios ele impugnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95.

59. ENGISCJ-1, Karl. inlrodução ao pensamento jurídico. 9ª ed. J. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. "A casuística, também dita técnica da regulamentação por fallispecie, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a fattispecie. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos

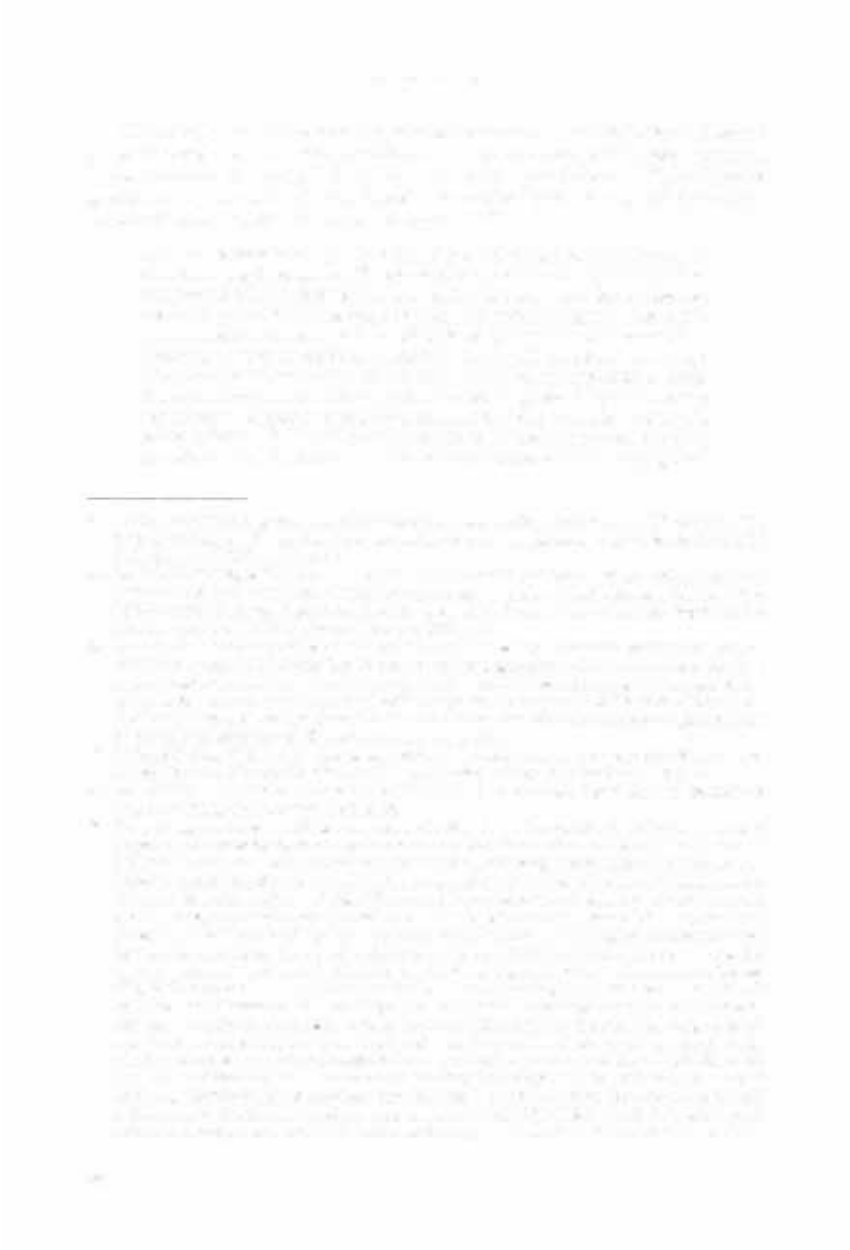
fatos nonnados". (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um 'sistema em coDstrução'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro". Revista ele Informação legis/aliva. Brasília: Senado, 1998, n. 1 39, p. 7.). Assim, também, MENGONI, Luigi.

"Spunti per uma teoria delle clausole generali". Rivisla Crilica dei Dirillo Priva/o, 1 9 86, ano JV, n. 1 , p. 9.

60. MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", cit., p. 7.

6 1 . Reconhecendo ser extremamente dificil de resolver o problema relativamente aos limites da criatividade judicial, que devem ser fixados na exata medida em que não comprometam o Estado de Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier observa que: "A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais (Recurso especial. .. , cit., p. 102).

62. LARENZ, Karl. Metodologia da ciéncia cio direito. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 1 50, com base nas lições de Schõnfeld.



fREDIE DIDIER JR.

O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução63, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente64. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto65; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como "pontos de erupção da equidade" 66.

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é, bastante intima. Já se

advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do civil /aw do sistema do common law. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma ratío c/ecíc/enc/i (núcleo do precedente judicial; sobre a ratío decidendi, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste Curso) dá especificidade ao conte

údo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé67. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados68.

63. Á Vl LA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito", cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. "A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos". Revista da AJURIS.

Porto Alegre: AJURJS, n. 1 03, p. 79.

64. MARTlNS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em constrnção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro ... Revista de l1.for111ação Legislativa. Brasília: Senado, 1 998, n. 139, p.

7; PERUNGl ERI, Pietro. Pe1fis do direito civil: introdução ao direito civil constiti1cional. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

65. Tratando das cláusulas gerais, diz Teresa Arruda Alvim Wambicr que a cláusula geral não se refere de maneira minuciosa a fenomenologia social a que diz respeito, apontando exclusivamente as características mais marcantes da siwação empírica em que a norma deve incidir. Numa cláusula geral bá sempre valores incorporados e elas exercem o papel de "poros" ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Está-se, aqui, portanto, segundo a autora, diante de um fenômeno mais complexo do que a inclusão de conceiws vagos na norma. (Recurso especial ... , cit., p. 1 6 1).

66. CANARlS, Claus-Wilhclm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 142.

67. MARTfNS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro .. , cit., p. 10.

68. "Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexista cláusula geral em matéria ele direito dos contratos, o julgamento de tm1a variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parle de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz

'A' numa referência à equidade; pelo juiz ' B ' , ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o decisu111, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderú estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da ratio decidendi existente em todos os exemplos acima figurados, "a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua inregralidade", o que se afigura, na prática. famasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso cio Direito - pela dificuldade na reiteração da hipótese nova -. impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto ele referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo ele precedentes". (MARTINS-COSTA, Judith. "O Direito Privado como um 'sistema em constrnção ·. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro", cit., p. 10-1 1).

INTRODUÇÃO À TEORIA DO PROCESSO E AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEOS

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da boa-fé, da/unção social da propriedade e da função social do contrato.

U l timamente, porém, as cláusulas gerais têm "invadido " o Direito processual, que naturalmente sofreu as consequências das transformações da metodologia jurídica no século passado69• Afinal, o Direito processual também necessita de

"normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto"7º.

O princípio do devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 46 1 , § 5°, CPC)7' ; b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC)72; c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC73); d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, li, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2°, CPC74); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. l . l 09 do CPC75) etc.

A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX76•

No Direito processual civil brasileiro, porém, as cláusulas gerais aparecem soltas, como se houvessem sido previstas sem qualquer preocupação sistemática.

69. OLlVEIRA, Carlos Alberto AI varo de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gêncsis, 2003, n. 27, p. 26

70. LEHMANN, Heinrich. 7i·arado de derec/10 civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1 , parte general, p. 58.

7 1 . § 5° do art. 461 do CPC brasileiro: "Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de oficio ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

72. Art. 798 do CPC brasileiro: "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capinzlo li deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de dificil reparação".

73. Art. 620 do CPC: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se foça pelo modo menos gravoso para o

devedor".

74. § 2º do art. 687 do CPC: "Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação".

75. Art. 1 . 1 09 do CPC brasileiro: "O juiz decidirá o pedido no prazo de 1 O (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrila, podendo adotar em cada caso a solução que repular mais conveniente ou oportuna".

76. Neste sentido, MARINONI. Luiz Guilherme. "Ideias para um 'renovado direito processual'". Bases cienlÍjicas para um renovado direito processual. Alhos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon Filho (org.).

Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143. Nesta mesma linha, embora com alguns exemplos não muito convincentes de cláusula geral processual (arl. 285-A, CPC brasileiro, p. ex., que, embora tenha pressuposto fálico composto por alguns termos vagos, consequente normativo é determinado), HENRJQUES FILHO, Ruy Alves. "As cláusulas gerais no processo civil". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n.155.

FREDIE DIDIER JR.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável e, consequentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que nelas se baseassem.

O operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na apl icação das

cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes.

6.4. Processo e direitos fundamentais

Atualmente, para além de principias ou regras processuais previstos no art. 5° da CF/88, fala-se em direi tos fundamentais processuais. Vejamos a observação de MARCELO

LIMA GUERRA:

" ... o uso de terminologias como 'garantias' ou 'princípios' pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força positiva de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substin1ir essas expressões terminológicas pela de 'direitos fundamentais', de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico

-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais ... 77

A observação é importante.

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: a) subjetiva: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; b) objetiva: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Trata-se de encarar o direito fundamental como norma jurídica (dimensão objetiva) ora como situação jurídica ativa (dimensão subjetiva).

"Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social.

Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem.

ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de 'direitos' aos indivíduos".78

77. GUER.RA, Marcelo Lima. Direitosfi1ndamentais e a proreção do credor na execução civil. São Paulo: R.T, 2003, p. 1 00.

78. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitosjimdamemais na Consri111içào Portuguesa de 1976. 2 ed.

Lisboa: Almedina, 200 1 , p. 1 1 1 .

Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)79.

No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (daí que, por exemplo, o §5° do art. 461 do CPC permitir ao magistrado a determinação de qualquer medida executiva para

efetivar a sua decisão, escolhendo-a à luz das peculiaridades do caso concreto). No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório.

As normas que consagram direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5°,

§ 1 º, CF/88), obrigando o legislador a criar normas processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais).

Sucede que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das normas processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das normas processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas.

Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais"8º.

7. A TRADIÇÃO JURl DlCA BRASILEIRA: NEM CIVIL LAW N E M COMMON

LAW

Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do civil law. próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental.

Não parece correta essa afirmação.

79. Sobre o lema, amplamente, MARINONI, Luiz Guilhem1e. Teoria geral do processo, cit., p. 63 e segs.

80. GUERRA, Marcelo Lima. Direitosfundamemais e a proteção do credor na execução civil, cit., p. 98-99.

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadwlidense (daí a consagra

ção de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial review estadunjdense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.; sobre o tema, ver o capítulo respectivo no v. 2 deste Curso), de óbvia inspiração no cornrnon law. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do common !aw (sobre a tutela de direitos coletivos, no Brasil, cf. o v. 4 deste Curso).

Reforçando a tese de que a tradição jurídica brasileira é, no mínimo, peculiar, eis o art. 386 do Decreto n . 848/1 890, um dos atos normativos que inaugurou a nossa República: "Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de cornrnon law e equity, serão tambem subsidiarios dajurisprudencia e processo federal". Este Decreto estruturava a Justiça Federal e regulamentava o seu processo jurisdicional - à época, União e Estados possuíam competência legislativa em matéria processual . O curioso é que a Lei Federal n.

5.010/ 1 966, que reestruturou a Justiça Federal, não possui enunciado semelhante, muito menos possui texto incompatível com esse antigo dispositivo. Ainda mais curioso é que este Decreto foi revogado por um Decreto n. 1 1 de 1 99 1 (art. 4°) - mais de cem anos depois, portanto; e este Decreto n. 1 1/ 1 991 também foi revogado (revogou-se o decreto que revogava), sem ressalva a

lguma, pelo Decreto n. 76 1 / 1 993. Interessante é que, em 1 89 1 , o Decreto n. 848/ 1 890 equivalia a uma lei; o Decreto presidencial de 1 99 1 já não possuía esta natureza. Assim, poderia o segundo revogar o primeiro? Bom, de todo modo, a vigência formal por mais de cem anos deste dispositivo é um dado histórico que não pode ser ignorado.

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do civil law), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do common law) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do common law.

INTRODUÇÃO À TEORIA DO PROCESSO E AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEOS

Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro.

A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela

cláusula do devido processo legal; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos "domínios não

-civis", e assim sucessivamente.

Muitas vezes, a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do venire contra factum proprium; na Espanha e na Argentina, pela doctrina de los actos propios; e nos países do common law, pelo estoppe/81•

Já se disse, inclusive, que a construção do venire contrafactum propriwn é um "common law wine in civil law bottles"82• Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos.

A observação é muito importante.

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim.

Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos (sobre o processo coletivo, conferir o v. 4 deste Curso). A experiência j urídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado83.

O pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar), com alguma desenvoltura, com os marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico.

Um exemplo talvez seja útil para compreender a importância desta constatação.

Há, no Brasil, robusta produção doutrinária e vasta jurisprudência sobre o devido processo legal e a boa-fé objetiva. Operamos, sem maiores percalços, com institutos de origens diversas (o primeiro, common law, o segundo, civil law). O pensamento jurídico brasileiro começa, inclusive, a ganhar autonomia, desvinculando-se de sua ascendência, como demonstra a concepção brasileira sobre o devido processo legal substancial (exa-8 1 . Assim, BRUTAU, Jose Puig.

Estúdios de derecho comparado -la doctrina de los acros propios. Barcelona: Ediciones Aricl, 1 95 1 , p. 97-136.

82. MAITAR, Mohamed Yehia. "Promissory estoppcl: common law wine in civil Jaw bottles". Tulane Civil law Forum, 1988, v. 4, p. 7 1 e segs.

83. "Por tudo isso, o Brasil tem uma enorme vantagem decorrente da sua formação híbrida, a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos a priori, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida. Pode-se utilizar essa vantagem para a institucionalização de uma prática judiciária mais democrática e conforme os objetivos da Constituição Federal de 1 988". (ZANETI Jr., Hermes. Processo constitucional, cit., p. 55.) 43

minada no capítulo sobre o devido processo legal, mais à frente), bem diferente da visão original estadunidense. A própria vinculação entre a boa-fé processual e o devido processo legal (também examinada no capítulo sobre o devido processo legal) é uma construção teórica brasileira, original e muito proficua.

Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunsti\ncia: é preciso romper com o "dogma da ascendência genética", não comprovado empiricamente, segundo o

qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica.

Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que, como disse um aluno em sala de aula84, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o brazilian law.

84. Gabriel Dourado Dias, graduação em direito na Un.iversidade Federal da Bahia, segundo semestre de 2009.



CAPÍTULO I J

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Sumário • 1 . Devido processo legal: 1 . 1 . Considerações gerais; 1.2. Conteúdo; 1 .3. Devido processo legal fomial e devido processo legal substancial; 1 .4. Devido processo legal e relações jurídicas privadas - 2. Principias constitucionais processuais expressos: 2 . 1 . Principio do contraditório; 2.2. Princípio da ampla defesa.; 2.3.

Princípio da publicidade; 2.4. Princípio da duração razoável do processo; 2.5. Princípio da igualdade processual (paridade de armas); 2.6. Princípio da eficiência - 3. Princípios constitucionais processuais implícitos: 3 . 1 .

Princípio da boa-fé processual; 3.2. Princípio da efetividade; 3.3. Princípio ela adequação (legal e jurisdicional) do processo - 4. Devido processo legal, princípio da cooperação e o modelo cio processo civil brasileiro: 4. 1 .

Nota introdutória; 4.2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: adversaria/ e inquisitorial; 4.3. Processo cooperativo: um terceiro modelo ele organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do principio ela cooperação - 5. O princípio da proteção da confiança: 5 . 1 . Proteção da confiança e segurança jurídica; 5.2. Pressupostos para a proteção da confiança; 5.3. Princípio da proteç.'ío da confiança e o direito processual civil.

1 . DEVIDO PROCESSO LEGAL

1 . 1 . Considerações gerais

O inciso LlV do art. 5° da Constituição Federal prevê que "ninguém será privado da l iberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A locução "devido processo legal" corresponde à tradução para o português da expressão inglesa "due process of law". Law, porém, significa Direito, e não lei ("statute law"). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei.

Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por "processo equitativo"; os italianos, por processo giusto. Na Europa utiliza-se muito também a expressão fair triai.

Desse enunciado normativo extrai-se o princ ipio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido Ousto, equitativo etc.).

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional.

Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal.

Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal admi-45

nistrativo e devido processo lega/jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.

Pode-se falar, também, em normas jurídicas particulares, criadas pelos indivíduos a partir do exercício de sua autonomia privada, direito fundamental conteúdo do direito à liberdade. Neste sentido, exige-se também o respeito ao devido processo legal no âmbito das relações particulares. O tema será examinado com mais vagar adiante.

Este capítulo dedica-se ao estudo do devido processo legal jurisdicional e suas repercussões no direito processual civil.

1.2. Conteúdo

O texto constitucional que consagra o devido processo legal é uma cláusula geral (sobre as cláusulas gerais, ver o capítulo introdutório neste volume do Curso). Exatamente em razão disso, o significado no1111ativo desse texto foi modificado ao longo da história.

O texto/fórmula/enunciado devido processo legal (due process oflaw) existe há séculos (nestes termos, em inglês, desde 1 354 d. C., a partir de Eduardo III, rei da lnglaterra).

A noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado Il (Decreto Feudal Alemão de 1 037 d. C.)1, em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às "leis do Império".

Esse Decreto inspirou a Magna Carta de 1 2 1 52, pacto entre o Rei João e os barões, que consagrava a submissão do rei inglês a /aw of lhe land, expressão equivalente a due process of law, conforme conhecida lição de Sir EDWARD CoKE3. A Magna Carta costuma ser tida como o documento histórico mais remoto de consagração do devido processo legal, até mesmo em razão da forte influência que exerceu na formação dos Direitos inglês e estadunidense. A origem, porém, é germânica e um tanto mais longínqua (a influência germânica no desenvolvimento do direito comum inglês deve-se certamente 1 . De acordo com profunda pesquisa histórica de STUBBS, William. Ger111a11y in the Early Middle Ages (4 76-1 250). ew York: Longmans, Gn:en, and Co., 1 908, p. 146-147. Relacionando o decreto de Conrado li ao devido processo legal, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O princípio do devido processo legal substantivo.

Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1 8-27.

2. STUBBS, William. Germany in //1e Early Middle Ages (476-1 250), cil., p. 147.

3. COKE, Edward. The second part of the lnstitutes o/ the law o/ England. Londres: E. and R. Brooke, 1 797, p. 50. Disponível em http://books.google.corn.br/books?dq=Edward+Coke+

The+Second+PArt&printsec=

frontcover&sig=-iEzJ M RLXQqCdCa l 6f587r5PY 1 B Y &ei=nJFLSr XcEov7tg!Du9GbDQ&cr=result&id=

WCgzAAAAJAAJ&ots= 1 k Yi9Y DD56. Consulta em O 1 .07 .2009, 1 3h50.

46

à invasão normanda de 1 066 d. C., comandada por William, o Conquistador, duque da Nonnandia)4•

Obviamente, o que se entendia como devido no século XIV (época de absolutismo monárquico, teocracia etc.) não foi o que se entendeu como devido no início do século XX (consolidação da igualdade formal, separação entre Igreja e Estado, desenvolvimento acelerado da industrialização etc.), não é o que se entende como devido atualmente (informatização das relações, sociedade de massas, globalização etc.) nem será o que se entenderá daqui a dois séculos.

Há de ter-se a consciência da historicidade da noção de "correttezza processuale" 5.

Um bom exemplo para demonstrar essa historicidade é o direito ao juiz natural, atualmente conteúdo do devido processo legal. Trata-se de "uma conquista moderna. Resultou de fato infrutífera a tentativa de remeter suas origens à Magna Charta, pois esta, em seus arts. 20, 2 1 , 39, 52 e 56, limita-se a estabelecer que para a condenação de qualquer cidadão é necessário um 'legale iudicium parium suorum', em que a condição de que os jurados sejam pares, ou 'homens probos da vizinhança', indica apenas uma qualidade dos juízes, e, no máximo, um critério de competência territorial, mas não tem nada que ver com a proibição da instituição do juiz postfaclum. Essa proibição se afirma só no sec. XVII, contemporanearnente às primeiras manifestações de independência e aos conflitos j á mencionados entre juízes e soberanos"6.

Há, inegavelmente, um acúmulo h istórico a respeito da compreensão do devido processo legal que não pode ser ignorado. Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo. Não é lícito, por exemplo, considerar desnecessário o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes aos devido processo legal. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais7•

Essas concretizações do devido processo legal, verdadeiros corolários de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo

constitucional do processo brasileiro8.

4. Sobre o tema, com inúmeras referências, PEREIRA, Ruitembcrg Nunes. O princípio do devido processo legal substantivo, cit., p. 29-45.

5. VIGORlTI, Vincenzo. Garanzie costituzionali dei processo civil e. Milão: Giuffre, 1973, p. 35 e 38-39.

6. FERRAJOLJ, Luigi. Direito e razão - leoria geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 4 72.

7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, 339-340; SARLET, lngo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 1 o• ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433 e segs.

8. "Ao instituir esses elementos, a Constituição termiaou por tomar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessârio conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente 47

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5°, l, CPC); proíbem-se provas ilícitas (art. 5°, LVI); o processo há de ser público (art. Sº, LX); garante-se o juiz natural (art. 5°, XXXVU e LIII); as decisões hão de ser motivadas (a1t. 93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5°, LXXY l l 1); o acesso à justiça é garantido (art. 5°, XXXY) etc. Todas essas normas, princípios e regras, são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo.

Esses direitos fundamentais serão examinados em itens específicos ao longo deste Curso. Alguns, já neste capít11lo. Outros, por estarem relacionados mais diretamente a alguns institutos processuais, serão examinados ao lado deles (exigência de motivação, vista no capítulo dedicado à teoria da decisão, v. 2 deste Curso;j11iz natural e acesso à justiça, examinados neste volume do Curso, no capítulo sobre jurisdição; proibição de provas ilícitas, no capítulo sobre teoria da prova, no v. 2 deste Curso).

Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo.

Nesse sentido, "tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (. . .) A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores". 9

Sucede que esse conteúdo mínimo do devido processo legal, construído após séculos de aplicação da cláusula, não é suficiente para a solução dos problemas contemporâneos.

Esse longo período h istórico não esvaziou a cláusula geral do devido processo legal, que permanece útil e em vigor.

A construção do processo devido é obra eternamente em progresso.

Essa cláusula geral exerceu e exerce plenamente a sua função de permitir a mobilidade e a abertura do sistema jurídico, como uma "garanzia plastica e

flessibile di giustizia nel processo"1º. É por isso que o texto normativo permanece o mesmo há tantos anos, já tendo sido incorporado aos tratados internacionais de direitos humanos e a inúmeras constituições. A generalidade desse texto nonnativo garantiu a sua longevidade. Trata-se de uma proteção contra a tirania (contra a produção tirânica de normas jurídicas, em nivel legislativo, administrativo, jurisdicional e privado). As palavras de W1NSTON CHURCHILL

sobre a Magna Carta aplicam-se inclusive e principalmente ao devido processo legal: "E

afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elemen10s do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição". (ÁVlLA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 57.)

9. GUERRA, Marcelo Lima. Direitosfi111dame11tais e a proteção do credor 110 execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 100.

1 O. VIGOR!TI, Vincenzo. Garanzie costituziona/i dei processo civil e, cil., p. 34.

quando, nas idades subsequentes, o Estado, dilatado com sua própria autoridade, tentou impor sua tirania sobre os direitos ou liberdades dos súditos, foi a essa doutrina que vezes e vezes se dirigiram apelos, nunca até hoje sem resultados"".

O princípio do devido processo legal tem a "função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade"12 dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso. Trata-se dafimção integrativa dos

princípios, examinada no capítulo introdutório deste volume do Curso. Desse princípio constitucional extraem-se, então, outros princípios e direitos fundamentais, ainda sem o respectivo texto constitucional.

Humberto Ávila defende que os princípios estruturantes, aqueles que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, não podem ser afastados no caso concreto, após um juízo de ponderação, em razão da colisão com outro princípio. "Toda atuação estatal, e não apenas uma parle dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas", deve observar os princípios do Estado de Direito, da separação de poderes, do pacto federativo, do sistema democrático e do regime republicano etc. Tais princípios funcionam como "condição estrutural" da atuação estatal. O

princípio do devido processo legal é um desses princípios, expresso, mas nem por isso menos importantes para a delimitação do modelo constitucional do processo jurisdicional brasileiro13•

Assim, além de público, paritário, tempestivo etc., adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas, citadas acima, o processo, para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo, para ser devido, precisa ser adequado, leal e efetivo.

Cada novo atributo corresponde a um princípio constitucional do processo, que, embora impl ícito, é de grande relevância. Surgem, então, os princípios da adequação, da boa-fé processual e da efetividade. Esses três princípios, corolários do devido processo legal, serão examinados em itens específicos mais adiante.

1.3. Devido processo legal formal e devido processo legal substancial O devido processo legal é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões.

Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal.

1 1 . CHURCHlLL, Winston S. História dos povos de língua inglesa. Aydano Arruda (trad.). São Paulo: fBRASA, 1 960, v. l (o berço da inglaterra), p. 225.

12. ÁVlLA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 57.

13. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12' ed. São Paulo: Malheiros, 20 1 1 , p . 1 26.

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancia/ do devido processo legal'4.

Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.

A experiência jurídica brasileira assimilou o devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado15, princípio16 ou regra da proporcionalidade17, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade. Convém transcrever trecho da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, no RE n. 374.98 l, em 28.03.2005, publicada no Informativo do STF n. 3 8 1 :

"Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursai, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law ' (CF, arl. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 1 78/22-24, v.g.): 'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of /aw - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de ir.razoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of /aw (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, 14. Sobre essa

evolução, amplamente, 1'1ATTOS, Sérgio L_uís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29-90.

1 5 . ÁVfLA, Humberto. Teoria dos princípios. 5" ed., cit., p. 148 e segs.

16. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7' ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 998; GUER.RA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Púb lica". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 996, n. 82; GÓES, Gisele. O Princípio da Proporciona/idade no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

1 7 . SILVA, Vtrgílio Afonso da. Direitos fimdamenlais - conteúdo essencial, res1rições e eficácia. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, p. 168-169.

ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador' (RTJ 1 76/578-580, Rel. Min.

CELSO DE MELLO, Pleno)."

Fala-se, então, em um devido processo legal substantivo ou substancial18•

É como afirma CARLOS AuGusro Assis:

"Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial do due process of law não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor bberdade para o julgador do que os do tipojudge makes law ... ; c) reforça a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança"'9.

SÉRGIO MAnos demonstra que a concretização do devido processo legal substancial pela jurisprudência do STF é bem ampla e vaga:

"segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de 'leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão', passando pela exigência 'de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade ('reasonableness') e de racionalidade ('rationality'), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atil1gir', até a necessidade de 'perquirir-se (...) se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto"'20•

18. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos jimdamentais e controle de constitucionalidade. 3' ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46 e segs.; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporciona/idade. Rio de Janeiro: Forense, 2005, passim; UMA, Maria Rosynetc Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1 999, p. 274; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. "Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo". Direito constitucional. Barueri: Manole, 2007, p.

37-46; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido processo legal substancial". Leituras complementares ele processo civil. Fredie Didier Jr. (org.)

7' ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 382; ASSfS, Carlos Augusto de. Antecipaçcio da tutela. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63; BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 1 88 segs.; FERNANDES, Daniel André. Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 4 1 - 42; BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas ele direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 9 1 - 1 00.

1 9. ASSIS, Carlos Augusto de. Antecipação da tutela, cit., p. 64-65.

20. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 97. Confira-se, ainda, a sistematização do posicionamento do STF sobre o terna feita pelo autor nas p. 92-96.

.

I

É

fREDIE DIDIER JR.

Há outros fundamentos constitucionais dos quais podem ser extraídas a proporcionalidade e a razoab i l idade: Estado de Direito21, isonomia22 ou l iberdade23

possível,

inclusive, que seja mais fácil defender a existência dessas normas constitucionais a partir do desenvolvimento dos princípios mencionados. As constituições brasileiras anteriores a 1 988 não continham texto normativo sobre o devido processo legal, nem por isso deixaram de ser aplicadas a proporcionalidade e a razoabilidade24• A Lei Fundamental alemã também não contém previsão expressa do devido processo legal, mas as "exigências de proporcionalidade e razoabilidade são intensamente aplicadas pela jurisprudência daquele país" 25.

Mas tudo isso não pode servir como argumento para deslegitimar essa construção teórica nacional, como pretende HUMBERTO Áv1LA. A partir de uma experiência jurídica singular (conforme posto no capítulo introdutório deste volume do Curso), a j urisprudência brasileira concretizou o princípio do devido processo de um modo peculiar, é certo, mas não por isso equivocado. Dados culturais contribuíram para isso. A fonnação teórica dos nossos aplicadores do Direito, idem. Como já se disse no capítulo I deste Curso: soluções jurídicas idênticas podem ser alcançadas por variada metodologia, assim como um mesmo instituto pode, em diferentes culturas. produzir diferentes resultados. Direito é um produto cultural, com o perdão pela obviedade.

É sempre bom lembrar a lição de CANARJS de que os princípios não têm pretensão de exclusividade26: um mesmo efeito jmídico (proporcionalidade e razoabilidade) pode ser resultado de diversos princípios (isonomia ou devido processo legal).

Não se deve ignorar, ainda, que a dogmática brasileira opera com boa desenvoltura com a cláusula geral do devido processo legal.

A relação que se faz entre devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade é bem fundamentada e compreendida pelos operadores j urídicos no Brasil. Trata-se de 2 1 . GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública". Revisra de Processo, n.82, São Paulo: RT, 1 996, n. 82, p. 6 1 ; GÓES, Gisele Santos Fernandes. O Princ ípio da Proporcionalidade 110 Processo Civil, cit., p. 77; SANTOS, Gustavo Ferreira. O

princípio da proporcionalidade 11aj11risprudéncia do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades.

Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 1 15.

22. BONAVTDES, Paulo. Curso de Direi/o Consrilllcio11al. 12' ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 395; GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública"'. Revisra de Processo. n.82, São Paulo: RT, 1 996, n. 82, p. 75; ÁVlLA, Humberto . .. O que é 'devido processo legal'?". Revisra de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 56; SZANlAWSKI, Elimar. "Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade-igualdade". Revista Trimesrral de Di1·eito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 5, p. 7 1 .

23. ÁVILA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.

24. ÁVlLA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.

25. ÁVlLA, Humberto. ··o que é 'devido processo legal'?"', cit., p. 56.

26. CANARJS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemárico e conceiro de sislema 11a ciéncia do direito. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1 996, p. 90.

uma contribuição original do pensamento jurídico brasileiro27, que tem funcionado bem, a despeito das objeções teóricas que a ela possam ser dirigidas.

Considerar o devido processo legal como fundamento dos deveres de proporcionalidade ou razoabilidade não significa dizer que esses deveres apenas se aplicam ao âmbito processual jurisdicional28. Como já se disse, o devido processo legal é princípio que se aplica em qualquer produção normativa,

inclusive no processo de produção dos negócios j urídicos, como será visto adiante.

Finalmente, é preciso frisar a relação entre as dimensões formal e substancial do devido processo legal. Não se deve fazer urna contraposição entre essas dimensões do devido processo legal. Embora não concordemos com a sua premissa de que não se deve falar em devido processo legal substantivo, é oportuno citar o pensamento de HUMBERTO

Áv1LA no particular: "Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou j usto, é equivocado afirmar que há um 'devido processo legal procedimental', entendido como direito a um processo adequado ou j usto, separado do 'devido processo legal substancial', compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade"29.

SÉRGIO MATTOS, embora pretenda demonstrar que não há correspondência de proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal substantivo, com vasta pesquisa sobre a evoluçã.o do substantive due process na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, emende que "devido processo substantivo, no direito brasileiro, deve ser entendido como princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem detenninados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente". Neste sentido, cumpre o devido processo substantivo a "função de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal..., concretizando, igualmente, o princípio da dignidade humana"3º.

Convém deixar registrado esse entendimento.

1.4. Devido processo legal e relações jurídicas privadas31

O devido processo legal aplica-se, também, às relações j urídicas privadas. Na verdade, qualquer direito fundamental, e o devido processo legal é um deles, aplica-se ao âmbito das relações jurídicas privadas. A palavra "processo", aqui, deve ser compreendida em 27. "A promiscuidade do princípio do devido processo legal, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade parece ser peculiar ao direito brasileiro". (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos, cit., p. 1 2 1

.) 28. Como pensa ÁVlLA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 56.

29. ÁV!LA, Humberto. "O que é 'devido processo legal'?", cit., p. 57.

30. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos, cit., p. 1 1 9.

3 1 . Sobre o tema, amplamente, BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal às relações privadas.

Salvador: Jus Podivm, 2008.

seu sentido amplo, conforme já visto: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial).

Antes de explicar o tema, convém frisar a discussão sobre a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado. Trata-se de estudar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais32.

Na doutrina estrangeira a questão é bastante controvertida. Existem,

basicamente, três teorias que tentam explicar o assunto: a) a teoria do state action, que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles di.reitos seria o Estado (é a que prevalece no direito norte-americano e prevalecia, até pouco tempo, no direito suíço33); b) a teoria da eficácia indireta e medi ata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual a Constituição não investe os particulares em direitos subj etivos privados, mas tão-somente serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de direito privado (predominante na Alemanha, Áustria e, de certo modo, na França); c) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, pela qual aqueles direitos têm plena aplicação nas relações privadas, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isso, a atuação do magistrado em cada caso concreto (prevalece no Brasil, Espanha e Portugal).34

32. Sobre o tema, CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fimclamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang e PINTO, Paulo Mota (trad.). Coimbra: Almedina, 2003; SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fw1damentais no direito comparado e no Brasil". Leituras complementares ele processo civil. 5 ed. Salvador: Edições JusPOD!VM, 2005; A nova interpretação consritucional.

Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284; Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; A LEXY, Robert. Teoria ele los derechos fundamenrales. Madrid: CEPC, 2002, p.

506-523; ANDRADE, José Carlos Vieira ele. Os direiros fundamentais na Co11stit11ição Portuguesa de 1 9 76. 2 eel. Coimbra: Almeelina, 200 1 ; SA RLET, lngo. A eficácia dos direitos fundamenrais. 3

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; __ . (org.) Constituição. direiros fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a clireitosfimdamentais. São Paulo: Malheiros Ed., 2004; TORRES, Ricardo Lobo (org.).

Teol"ia dos direiros fimdamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 200 1 ; SILVA, Virgílio Afonso da. A constit11cio11alizaçào do díreiro. Os direiros fundamentais nas relações entre parriculares. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

33. De acordo com a informação de Virgílio Afonso da Silva (A constitucionolizaçào cio direito - os direitos fi111dame11tais nas relações entre parriculares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 8 1 -83), a Suíça não adota a teoria do stare acrion, pois, após a refom1a constitucional de 1 999, a constituição suíça passou a conter um artigo que expressamente prevê a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (art. 35, 3):

"As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também na relação entre privados". Segundo o autor, a Suíça adota o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais.

34. SARMENTO, Daniel. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil". ln Leituras complememares de processo civil. 7' ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009; também em A nova imerpretaçào consritucional. Rio ele Janeiro: Renovar, 2003, p. 1 93-284.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCiPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Desse modo, a atual Constituição brasileira, pela "moldura axiológica" em que se encontra estampada (de índole eminentemente intervencionista e social), admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda a sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos. Essa extensão da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, naturalmente, vem carregada de especificidades inerentes ao direito privado. Assim, por exemplo, a sua aplicação

no caso concreto há de ser, sempre, ponderada com o princípio da autonomia da vontade.35

Fincadas essas premissas, pode-se então, concluir que o princípio do devido processo legal - direito fundamental previsto na Constituição Brasileira - aplica-se também ao âmbito privado, seja na fase pré-negocial, seja na fase executiva do negócio jurídico.

Na fase pré-negocial, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta é urna postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino - art. 1 .337, caput e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).

A Lei Federal n. 1 1 . 1 27/2005 ratificou este entendimento, quando determinou a altera

ção do art. 57 do CC-2002, relacionado ao procedimento para exclusão de associado, que passou a ter a seguinte redação: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos tennos previstos no estatuto".

O Supremo Tribunal Federal já adotara entendimento semelhante, embora sem fazer referência à polêmica doutrinária da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Veja esse julgado do Supremo Tribunal Federal:
"COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO

- CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa". (STF, 2ª T., RE n. 1 58.215- 4/

RS, rei. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 07.06.1 997).

Em 2005, o STF voltou a examinar o tema, agora enfrentando a teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas. Esta decisão (proferida no RE n .

35. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitosfimdamenlais no direito comparado e no Brasil, cit.

20 1 .8 1 9/RJ, rei. Min. Ellen Gracie, rei. p/ acórdão Min. Gil mar Mendes, j . 1 1. l 0.2005) é um marco, não por ter sido a primeira, pois não foi, mas porque aqui, aí sim pela primeira vez, o STF predispôs-se a examinar todas as nuances da discussão, em votação que já se reputa histórica. Eis o resumo do julgamento, publicado no Informativo n. 405 do STF, 1 0- 1 4 de outubro de 2005:

"A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude ele o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. l nformati vos 35 1 , 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD -

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel n o âmbito d o sistema brasileiro d e proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para deterrni.nar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa".

Assim, também não é lícito, no âmbito das relações privadas, restringir qualquer direito sem a observância do devido processo legal.

2. PRCNCÍ PIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS EXPRESSOS

2.1. Princípio do contraditório

O processo é um procedimento estruturado em contraditório.

Apl ica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial (não obstante a l iteralidade do texto constitucional).

A Constituição Federal prevê o contraditório no inciso LV do art. 5º: "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".

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação 56

da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder36.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do "poder de intluência".37 Não adianta permitir que a paite simplesmente pa1ticipe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório.

É necessário que se pem1ita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Vamos exemplificar o que se diz.

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplica

ção da sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o "possível punido" manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Mais condizente com a essa visão do princípio do contraditório é o art. 599, II, do CPC, que determina que o juiz deve, em qualquer momento da fase executiva, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se.

36. Sobre o tema, MAR.INONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, p. 255-258.

37. MARJNONI, Luiz Guilhem1e. Novas linhas do processo civil, p. 258-259.



Também deve ser assim a aplicação da multa do art. 1 4, par. ún., CPC. Deverá o

magistrado, ao expedir a ordem ou o mandado para cwnprimento da diligência, providenciar advertir esses sujeitos (partes ou terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, a multa porventura aplicada é inválida, por desrespeito ao princípio do contraditório. O

responsável precisa saber das possíveis consequências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento. Afinal, o contraditório se perfaz com a infom1ação e o oferecimento de oportunidade para influenciar no conteúdo da decisão; participação e poder de influência são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional38-39.

Correta também a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 250.78 1 /SP, rei. Min. José Delgado, DJ de 1 9.06.2000: "Processual civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração. 1 . Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 1 7, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, ait. 5°, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa."

38. É como diz Paula Sarno Braga: "Verificada a prática de um ato de contempt of court pelo magistrado, abre-se a oportunidade ao contemnor para, querendo, defender-se e produzir as provas que entenda necessárias. Essa faculdade pode ou não ser exercida; duas são as situações possíveis: o co111emno1; a despeito da iminente imputação da sanção de polícia, permanece inerte, não reagindo à possível punição, caso em que o contempt of court não passará de mera questão incidental decidida de imediato pelo magistrado, o incidente é solucionado de plano; ou, pode o conte11111or irresignar-se contra a potencial imposição da punição e exercer plenamente suas garantias processuais inerentes ao due process of law (direito de defesa, produção de provas, julgador imparcial etc.), caso em que se instaura um procedimento incidental para solver o incidente. Neste procedimento incidental podem ser levadas a debate matérias corno: a) se o ato foi realmente praticado; b) se este se caracteriza ou não como um contempt; c) se houve intenção do agente; d) o nível de gravidade da conduta ou de intencionalidade do agente e, até mesmo, e) a justeza do valor atribuído à multa. Asseguradas todas as garantias do devido processo legal ao comemnor e

suscitadas, discutidas, provadas e apreciadas todas as questões que interessem ao deslinde do incidente, seu julgamento deve se dar por uma cognição exauriente, pois a decisão assumirá caráter de definitividade, já que seja predisposta a incorporar a qualidade de coisa julgada. Estruturalmente, ao menos em tese, pode ser processado tanto nos mesmos autos da lide central, como em autos apartados. No entanto, a despeito de ser a lei omissa, recomeoda-se que seja resolvido em autos apartados, de forma a que seu processamento não dificulte ou perturbe de nenhuma forma o julgamento da causa principal. Com essa noção do procedimento incidental a ser seguido - se for necessário instaurar-se um - é válido relembrar sua semelhança com o co111e111pt indireto da co111111on law, que, pelo fato de ser cometido na ausência do juiz, exige um maior formalismo pro�edimental ern respeito as garantias processuais, cuja aplicação analógica é proposta por Ada Pellegríni, tal corno explicitado do ponto do 'contempt of court da common law '." (A responsabilidade processual de acordo com a Lei Federal nº I 0.35812001 - a contempt of courl à brasileira (monografia de conclusão do curso de graduação). Salvador: Universidade Salvador (UNLFACS), 2002, texto que se encontra na Biblioteca da Faculdade de Direito desta Universidade).

39. Com opinião contrária, Joaquim Felipe Spadoni, ao concluir que o contraditório e a ampla defesa serão salvaguardados pelas vias recursais (SPADONI, Joaquim Felipe. Ação inibitória. São Paulo: RT, 2002, p. 1 9 1).



DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A d imensão substancial do contraditório é o fundamento para que se considere como fundamental o direito a ser acompanhado por um advogado. O acompanhamento técnico é importantíssimo, ao menos como regra, para a efetivação do direito ao contraditório.

Compõe, por isso mesmo, o conteúdo mínimo do princípio do devido processo legal.

A partir destas ideias, podemos avançar um pouco mais.

Vejamos a questão da formação dos pronunciamentos judiciais e o princípio do contraditório.

Os pronunciamentos judiciais pautam-se, obviamente, em questões de fato e de direito. O juiz examina a questão de fato e, em seguida, examina a questão de direito, para poder decidir.

O art. 1 3 1 do CPC prescreve que "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". O juiz pode basear-se em falo que não foi alegado pelas partes. O ait. 462 do CPC determina que

"se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, mod ificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença." O juiz, ao decidir, pode basear-se em fato que influa no julgamento da causa, mesmo que ninguém lhe tenha provocado a respeito.

Pois bem.

Há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo magistrado ex officio. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo. Mas o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de oficio, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem a respeito.

fmagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, no momento da sentença, baseia-se em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. Ele trouxe esse fato para fundamentar a sua decisão com base no art. 1 3 l , conjugado com o art. 462, ambos do CPC. Mas ele nã.o poderia ter feito isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes. Isso feriria, escancaradamente, o contrad itório. A decisão formar-se-ia com base em questão de fato sobre a qual as partes não falaram, e, portanto, basear-se-ia em questão a respeito da qual as partes não

puderam ter exercitado o "poder de influência", não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela forma, ou de uma outra forma.

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de oficio, poder agir de oficio, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder ogir de oficio é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido.

FREDIE DIDIER JR.

Vamos examinar o tema em relação às questões de direito.

Há um velho brocardo iura novit curia (do Direito cuida a corte). Há, ainda, outro da mihifactum dobo tibi ius (dá-me os fatos, que eu te darei o direito).

Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma q uestão jurídica não posta pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou

que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: "Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda". O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.

O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar

-se a respeito ("intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei"). Não há aí qualquer prejulgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder j urisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema.

Assim, evita-se a prolação de uma decisão-surpresa.

Vamos agravar a situação.

Imagine o Tribunal de Justiça decidindo com base em questão jurídica não colocada pelas partes, sem a sua prévia manifestação: só lhes restarão os recursos extraordinários, com todas as dificuldades a eles inerentes. A possibilidade de acontecer isso em tribunal é muito grande, notadamente em razão da praxe forense denominada "entrega de memoriais". Quantas e quantas vezes, os advogados nos memoriais, dão uma ajeitada no processo, uma corrigida, acrescentando um argumento novo, que não estará nos autos porque os memoriais foram entregues em gabinete do magistrado. Parece-me, então, que o magistrado deve determinar a j untada dos memoriais ao processo, com a subsequente intimação da parte contrária para manifestar-se a respeito.

Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo. O tema voltará a ser examinado mais à frente, quando se examinará o princípio da cooperação.

Finalmente, não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra paite (inaudita altera parte). O contraditório, neste caso, é postecipado para momento posterior à concessão da providência de urgência40.

40. OLIYEI RA, Carlos Alberto AI varo de. "Garantia do Conrraditório".

Garantias Constitucionais do Processo Civil. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 1 999, p. 147-148.

60

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTHOS PRINCiPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

2.2. Princípio da ampla defesa.

Contraditório e ampla defesa formam um belo par. Não por acaso, estão previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV, CF/88).

Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. Bem i lustrativo desta concepção é o entendimento de DELOSMAR MENDONÇA JR.: . . . são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o

"

contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (.. .) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório".41

Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é "direito fundamental de ambas as partes",42 consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

2.3. Princípio da publicidade

Processo devido é processo público. Como afirmou o juiz americano Louis BRANDEIS,

"A luz do sol é o melhor dos detergentes; a luz elétrica é o melhor policial".

Os atos processuais hão ser públicos. O princípio da publicidade gera o direito fundamental à publicidade. Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional.43 Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a) interna: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b) externa: publicidade para os terceiros, que pode ser

restringida em alguns casos, como se verá.

Observe que o processo arbitral pode, e é o que costuma ocorrer, ser sigiloso. O

sigilo do processo arbitral restringe-se à publicidade externa.

Não há problema em relação a isso: trata-se de exercício da jurisdição por órgão não-estatal, cujo objeto envolve situações jurídicas disponíveis titularizadas por 4 1 . MENDONÇA Jr., Dclosmar. Princ ípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 55.

42. MENDONÇA Jr., Delosmar. Principias da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro, p. 57.

43. Sobre as duas funções da publicidade processual, ABDO, Helena. Mídia e processo. São Paulo: Saraiva, 201 1 , p. 48-55.

pessoas capazes. O sigilo do processo arbitral é concretização do direito fundamental à preservação da intimidade.

A Constituição Federal estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) à publicidade externa: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF/88, art. 5°, LX). O CPC

também segue esta linha: a) em que o exigir o interesse público; b) que dizem respeito ao casamento, fi liação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores (art. 1 55, par. ún., CPC). Perceba que a restrição à publicidade tanto pode fundar-se no interesse público como também na preservação da intimidade, aplicado, sempre, o princípio da proporcionalidade.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 ratificou a exigência da publicidade de todos os atos provenjeotes dos órgãos do Poder Judiciário. Os incisos IX e X do art. 93 da CF/88

passaram a ter a seguinte redação: "IX - 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 detem1inados 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 infom1ação44; X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros".

Há uma intima relação entre os princípios da publicidade e a regra da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade toma efetiva a participação no controle das decisões judiciais; trata-se de verdadeiro instrumento de eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais.

No Brasil, há a transmissão ao vivo, pela televisão, de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Ao que nos consta, é experiência inédita no mundo. Trata-se, induvidosamente, de uma técnica de concretização da dimensão externa do direito fundamental à publicidade processual. O fenômeno tem, como quase tudo, aspectos positivos (disseminação da informação jurídica, sobretudo do posicionamento do STF45) e negativos 44. Há uma aparente prevalência do direito à informação em relação à proteção da intimidade. Este eventual conflito de direitos fundamentais não pode ser resolvido a priori, como a redação do inciso dá a entender; somente à luz do caso concreto, aplicado o princípio da proporcionalidade. será passivei verificar qual dos dois deverá prevalecer. O juízo de ponderação é, sempre. o posteriori, e feito pelo magistrado. André Ramos Tavares adverte que a colisão entre a publicidade e a intimidade não é a única que pode acontecer: ··Há inúmeros outros que podem entrar em cena, cm cada caso concreto (no respectivo processo), tais como: dignidade da pessoa

humana, privacidade, honra e direito ã imagem". (Reforma do Judiciário 110 Brasil Pós-88 - (Des)es1m111rando o J11<tiça. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 34).

45. "Ao ângulo prático, as transmis;ões dos julgamentos têm produzido resultados interessantes. ão é desprezível a visibilidade que grandes questões nacionais ganharam quando examinadas pelo Supremo. O

julgamento do mcnsalão, a questiio das pesquisas com células-tronco, o problema do antissemitismo como racismo e a garantia de terras às populações indígenas são casos eloquentes de mobilização da sociedade em tomo de sérios problemas do país. Para dizer o mínimo, nossa suprema corte é hoje um fórum de dis-62



(espetacularização das sessões e o enfraquecimento da colegialidade do julgamento46). Os aspectos negativos parecem ser produto da falta de maturidade no uso da tecnologia, que potencializa a transparência do exercício da função jurisdicional. O controle pela opinião pública, principalmente pela intelectualidade acadêmica e pelos demais operadores do Direito, é o principal instrumento de prevenção e combate a essas distorções, em busca do amadurecimento institucional. O certo é que não se pode retroceder no

particular, com solução que vete ou restrinja a transmissão dos julgamentos.

A publicidade em processos eletrônicos tem as suas peculiaridades. Com o objetivo de dar efetividade ao § 6º do art. 1 1 da Lei n. 1 1 .41 9/2006, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 1 2 1 /20 1 0, cuja transcrição é recomendável: O PRESIDENTE DO CONSELHO NAClONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição da República, especialmente o disposto no inciso I, §4°, art. 103-B.

CONSIDERANDO que o Estado Democrático de Direito sob o qual é alicerçada a República Federativa do Brasil adotou o princípio da publicidade como garantia da prestação de contas da atividade jurisdicional;

cussão democrática mais relevante e respeitado do que o próprio Congresso Nacional. Todo esse processo de construção institucional do Poder Judiciário foi potencializado pela TV Justiça e, em particular, pelo televisionamento das sessões do STF. A repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em tennos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, evenluais desgastes. Ao fim e ao cabo, discussões destemperadas podem ser evitadas com o apelo ao velho bom senso. Nem toda ideia original é boa, assim como nem toda boa ideia é original. Mas isso não impediu que o Brasil desse uma ideia boa e original ao mundo".

(BINENBOJM, Gustavo. "A Justiça na TV". Folha de São Paulo, 02.05.2009, p. 3).

46. Sobre esse último aspecto, convém transcrever o que disseram Virgilio Afonso da Silva e Conrado Hübner, motivados por séria refrega entre dois ministros do STF, transmitida ao vivo pela TV Justiça:

"Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 1 1 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional. O debate sobre a forma de decisão no Supremo, sobre a ausência de uma voz institucional -em grande parte causada pela insistência em privilegiar as vozes individuais de seus ministros-, é o que mais importa. E, se consistência decisória

é uma das maiores contribuições que um tribunal como o STF poderia dar a uma democracia, pode-se dizer que ele tem falhado nessa tarefa. Embora a transmissão ao vivo de suas sessões não seja a causa dessa falta de unidade institucional, não é implausível especular que ela a intensifique. Se descobrim10s que é isso o que ocorre, há que pensar a sério em alternativas. Todos temos palpites a respeito, mas a resposta não é óbvia e exige mais estudo. Saber se a discussão entre os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa fere a imagem do tribunal não é tão relevante quanto o sintoma que esse episódio pode representar: alguns ministros começam a aproveitar o "momentum" televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro. E

não percebemos". (SILVA, Virgílio Afonso, HÜBNER, Conrado. "O STF e o populismo judicial". Folha de São Paulo, 1 1 .05.2009, p. 3).

FREDIE DIDIER JR.

CONSLDERANDO a necessidade de d.ivulgação dos atos processuais a fim de conferir transparência e garantir o direito de acesso à informação, conforme dispõe o art. 5º, XXXl li e XXX1V, b da Constituição;

CONSrDERANDO que o art. 93, XI, da Constituição garante o exercício da publicidade restrita ou especial dos atos processuais, segundo a qual a divulgação pode e deve ser restringida sempre que a defesa da intimidade ou o interesse público o exigir; CONSIDERANDO a exigência de tratamento

unifom1e da divulgação dos atos processuais judiciais no âmbito de toda a magistratura nacional, de molde a viabilizar o exercício da transparência sem descurar da preservação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas;

CONSIDERANDO as dificuldades enfrentadas pela justiça brasileira em razão da estigmatização das partes pela disponibilização na rede mundial de computadores de dados concernentes aos processos judiciais que figuraram como autoras ou rés em ações criminais, cíveis ou trabalhistas;

CONSIDERANDO a necessidade da definição de diretrizes para a consolidação de um padrão nacional de definição dos níveis de publicidade das informações judiciais, a fim de resguardar o exercício do devido processo legal, com todos os meios e instrumentos disponibilizados;

CONSIDERANDO que o art. 1 1 , § 6°, da Lei 1 1 .4 1 9/2006, estabelece que os documentos eletrônicos "somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça";
CONSIDERANDO o que foi deliberado pelo Plenário do ConseU10 Nacional de Justiça na sua 1 1 4ª Sessão Ordinária, realizada em 5 de outubro de 201 O, no julgamento do Ato nº 0001 776- 1 6.201 0.2.00.0000.

RESOLVE:

Art. l .º A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de acesso a informações processuais a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse.

Parágrafo w1ico. No caso de processo em sigilo ou segredo de justiça não se aplica o disposto neste artigo.

Art. 2.º Os dados básicos do processo de livre acesso são:

l - número, classe e assuntos do processo;

J l - nome das partes e de seus advogados;

lil - movimentação processual;

rv - inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos.

64

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Art. 3.º O advogado cadastrado e habilitado nos autos, as partes cadastradas e o membro do Ministério Público cadastrado terão acesso a todo o conteúdo do processo eletrônico.

§ 1 º. Os sistemas devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse, para fins, apenas, de registro, salvo nos casos de processos em sigilo ou segredo de justiça.

§ 2º. Deverá haver mecanismo que registre cada acesso previsto no parágrafo anterior.

Art. 4.0 As consultas públicas disponíveis na rede mundial de computadores devem permitir a localização e identificação cios dados básicos de processo judicial segundo os seguintes critérios:

1 - número atual ou anteriores, inclusive em outro j uízo ou instâncias; li nomes das partes;

-

l i l - número de cadastro das partes no cadastro de contribuintes do Ministério da Fazenda;

IV - nomes dos advogados;

V - registro junto à Ordem cios Advogados do Brasil.

§ 1 º. A consulta ficará restrita ao previsto no inciso 1 da cabeça deste artigo nas seguintes situações:

1 - nos processos criminais, após o trânsito em julgado da decisão absolutória, da extinção da punibilidade ou do cumprimento da pena;

1 1 - nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho.

§ 2º. Os nomes das vítimas não se incluem nos dados básicos dos processos criminais.

Art. 5.0 A disponibilização de consultas às bases ele decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes.

Art. 6°. A certidão judicial se destina a identificar os termos circunstanciados,

inquéritos ou processos em que a pessoa a respeito da qual é expedida figura no polo passivo da relação processual originária.

Art. 7°. A certidão judicial deverá conter, em relação à pessoa a respeito da qual se certifica:

l - nome completo;

II - o número do cadastro de contribuinte no Ministério da Fazenda; II 1 - se pessoa natural:

a) nacionalidade;

b) estado civil;

c) números dos documentos de identidade e dos respectivos órgãos expedidores;
d) filiação; e

e) o endereço residencial ou domiciliar.

IV - se pessoa jurídica ou assemelhada, endereço da sede; e

V - a relação dos feitos distribuídos em tramitação contendo os números, suas

classes e os juízos da tramitação originária.

§ 1 º. Não será incluído na relação ele que trata o inciso V o processo em que houver gozo do beneficio de sursis (ait. 163, § 2º da Lei no. 7 . 2 1 O, de 1 984) ou quando a pena já tiver sido extinta ou cumprida, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (art. 202, da Lei 7 .2 1 O, de 1 984).

§ 2°. A ausência de alguns dos dados não impedirá a expedição da ce1iidão negativa se não houver dúvida quanto à identificação fisica da pessoa.

Art. 8°. A certidão judicial, cível ou criminal, será negativa quando não houver feito em tramitação contra a pessoa a respeito da qual foi solicitada.

§ 1 º. A certidão judicial criminal também será negativa:

1 - quando nela constar a distribuição de termo circunstanciado, inquérito ou processo em tramitação e não houver sentença condenatória transitada em julgado.

II - em caso de gozo do benefício de sursis (an. 1 63, § 2°. da Lei no. 7 .21 O, de 1984) ou a pena j á tiver sido extinta ou cumprida.

§ 2ºTambém deverá ser expedida certidão negativa quando, estando suficientemente identificada a pessoa a respeito da qual se solicitou a certidão, houver registro de processo referente a homônimo e a individualização dos processos não puder ser feita por carência de dados do Poder Judiciário, caso em que deverá constar essa observação.

Art. 9º. O requerente de certidão negativa sobre a sua situação poderá, na hipótese do § 1 º inciso l, do artigo anterior, solicitar a inclusão do resumo da sentença absolutória ou que determinou o arquivamento.

Art. 1 O. A certidão requisitada mediante detenninação judicial deverá informar todos os registros constantes em nome da pessoa.

Art. 1 1 . A certidão judicial negativa será expedida eletronicamente por meio dos portais da rede mundial de computadores.

Art. 12. A certidão judicial positiva poderá ser expedida eletronicamente àqueles

previamente cadastrados no sistema processual, contendo, se for o caso, o resumo da sentença criminal (Art. 2º. da Lei 1 1 .97 1 , de 2009).

Parágrafo único. A pessoa não cadastrada solicitará a expedição de certidão confonne regulamentado pelo tribunal respectivo.

Art. 1 3 . Os órgãos jurisdicionais de que tratam os incisos I-A a Vil do art. 92 da Constituição deverão observar os termos desta Resolução a partir de 1 80 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

DEVIJ)O PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Parágrafo único. A pessoa prejudicada pela disponibilização de informação na rede mundial de computadores em desconfom1idade com esta Resolução poderá solicitar a retificação ao órgão jurisdicional responsável.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor a partir de sua publicação.

2.4. Princípio da duração razoável do processo

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, no art. 8, 1 , prevê:

"Toda pessoa tem o 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 os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."47

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 1 8 de julho de 1 978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1 992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09. 1 1 . 1 992), o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. O procedimento de incorporação do tratado foi respeitado em seus mínimos detalhes.

Como ensina fL;i.v1A P1ovESAN: "A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de nom1a constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que j ustifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentai s"48.

Estávamos, pois, diante de norma constitucional, que impunha a decisão judicial em prazo razoável. Concluía-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vinha expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de apl icação imediata (art. 5°, § 1 º, CF).49 Decorreria esse direito fundamental, ainda, dos princípios da inafastabilidade e da proteção à dignidade da pessoa humana.

47. Também assim, o Tratado de Roma: "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida." (art. 6°, 1 , Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita

cm Roma no dia 04 de novembro de 1 950).

48. PJOYESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional i11temacional. 4' ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.

49. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". Garantias cons1i111cio11ais do processo civil. São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.



FREDIE DIDIER JR.

Previsto expressamente na Constituição Espanhola, art. 24.2: "Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem di lações indevidas e com todas as garantias (...)". E também no CPC Português, art. 2°, 2: "A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar" (Texto alterado pelo DL 329-A/95, de 1 2 de dezembro).

A EC n. 45/2004, que refonnou constitucionalmente o Poder Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5° da CF/88: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A mesma emenda constitucional acrescentou a alínea "e" ao inciso I I do art. 93 da CF/88, estabelecendo que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão".

Processo devido é, pois, processo com duração razoável.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional5º.

"O reconhecimento desres critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indetenninado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados.

Assim, é evideme que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória.

(...)

Por outro lado, não poderão ser taxadas de 'indevidas' as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.

E. ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pletora de causas, o excesso de trabalho.

50. TUCCI, José Rogério Cruz e . .. Garantia do processo sem dilações indevidas ... Garantias co11stit11cio11ais do processo cível. São Paulo: RT, 1 999, p. 239; ANNO 1, Danielle. A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Rio di! Janeiro: Forense, 2003, p. 85; GARCIA. José Antonio Tomé. Protección procesal de los derechos '111111a11os ante los trib1111ales ordinários. Madri: Montecorvo, 1987. p. 1 1 9.

não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicionaJ."51

De acordo com o art. 97-A da Lei 9.504/1997, acrescentado pela Lei n. 12.034/2009, reputa-se razoável o prazo de um ano, incluindo a tramitação em todas as instâncias, para a duração do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo. Esse prazo começa a conta da apresentação da demanda perante

a Justiça Eleitoral. Se houver desrespeito a esse prazo, caberá representação disciplinar contra o juiz ou o Tribunal (art. 97, Lei n. 9.504/1997), sem prejuízo da representação perante o Consellio Nacional de Justiça (art. 97-A, § 2º, da Lei 9.504/1 997) É preciso, porém, fazer uma reflexão como contraponto.

Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fandamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos ce1tamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles.

2.5. Princípio da igualdade processual (paridade de armas)

Os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade.

Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta.

O processo é uma Juta. A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, aju izando ação, deduzindo resposta etc. "Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam j ustificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes"52.

5 1 . TUCCL, José Rogério Cruz e . .. Garantia do processo sem dilações indevidas". Garantias consritucionais do pmcesso civil. São Paulo: RT, 1999, p. 239-240.

52. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Pmcesso Civil, 1 999, p. 256.

fREDIE DIDIER JR.

O processo não pode ensejar apenas o contraditório formal, mas, sim, o material. "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 l itigantes o contTaditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório"53. Neste sentido substancial, o princípio da igualdade confunde-se com o devido processo legal substancial54.

O princípio da igualdade processual impõe a criação de uma série de regras processuais adequadas às particularidades de cada sujeito do processo. Neste sentido, a igualdade processual confunde-se com a adequação subjetiva do processo, examinada em item seguinte sobre o princípio da adequação.

2.6. Princípio da eficiência

O processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal55. Realmente, é dificil conceber como devido um processo ineficiente.

Mas não só.

Ele resulta, ainda, da incidência do art. 37, caput, da CF/8856. Esse dispositivo também se dirige ao Poder Judiciário - corno indica, aliás, a literalidade do enunciado, que fala em "qualquer dos Poderes".

Assim, o princ ípio do processo eficiente é resultado de uma combinação de dois dispositivos da Constituição Federal: art. 5°, LlV, e art. 37, caput.

Há quem defenda que essa norma é um postulado, não um principio, pois é norma que serve à aplicação de outras normas (princípios e regras)57• É uma metanorma, que estrutura o modo de aplicação de outras normas. Postulado é. então, uma nonua com estrutura e finalidade diversas, segundo o pensamento de Ávila. Para manter a 53.

ERY Jr., 'elson. Principios do pmcesso civil na Co11stit11ir;ào Federal. São Paulo: RT, 1 999, p. 128.

54. Assim, p. ex., ALVES, Francisco Glaubcr Pessoa. O princ ípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37. No mesmo sentido, com outras referências, G UERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 996, n. 82, p. 75.

55. Assim, também, CU HA, Leonardo José Carneiro da. "A previsão do '·princípio da eficiência'" no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". Anigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

56. An. 3 7 da Constituição Federal: .. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e. também, ao seguime:"

57. Á VILA. Humberto. '"Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa". Revista Eletrónica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 24. Disponível em www.direitodoestado.com.br. acesso em 22.12.2012, às 061129. Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência". Revista de Processo. São Paulo: RT2005, n. 1 2 1 , item 6, p. 292-296; CUNHA. Leonardo José Carneiro da. "A previsão do "princípio da eficiência" no projeto do nO\O Código de Processo Civil brasileiro ... Anigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

coerência de seu pensamento, o autor opta por considerar a eficiência administrativa como um postulado.

Optamos pela menção a "princípio da eficiência", entretanto, por duas razões: a) o texto constitucional o menciona expressamente; b) norma é sentido que se dá a um texto; do dispositivo constitucional, pensamos que tanto se possa extrair um postulado como um princípio - uma norma que vise à obtenção da eficiência, no

caso uma gestão processual eficienle, como estado de coisas a ser alcançado.

O princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo.

a) Sobre a Administração Judiciária. O Poder Judiciário também pode ser encarado, sob uma perspectiva, como ente da administração - e é exatamente por isso que o art. 37

da CF/88 também a ele se refere. A Administração Judiciária - administração dos órgãos administrativos que compõem o Poder Judiciário - deve ser eficiente.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, pela EC n. 45/2004, corrobora essa dimensão do princípio da eficiência administrativa. A simples leitura do §4º do art. 1 03-A da CF/88 é suficiente para demonstrnr o que se afirma:

"§ 4° Compele ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: 1 - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art.

-

37 e apreciar, de oficio ou mediante provocação,

a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

lll receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos

proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V -rever, de oficio ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
71

FREDJE DmrER JrL

VU - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa".

O princípio, neste sentido, é norma de direito administrativo, sem qualquer especificidade digna de nota pelo fato de ser dirigido ao Poder Judiciário. Essa dimensão do princípio da eficiência não será examinada neste Curso.

b) A dimensão do princípio da eficiência que ora nos interessa é a outra. O princípio da eficiência, aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional.

O princípio, aqui, dirige-se ao órgão do Poder Judiciário, não na condição de ente da administração, mas, sim, na de órgão jw·isdicional, responsável pela gestão de um processo (jurisdicional) específico. Assim, é norma de direito processual e, nessa qualidade, interessa a este Curso.

A compreensão da eficácia processual do princípio da eficiência impõe, ainda, que se levem em consideração algumas premissas.

i) Esse princípio se relaciona com a gestc"io do processo.

O órgão j urisdicional é, assim, visto como um administrador: administrador de um determinado processo. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo.

Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo.

Trata-se, corretamente, o serviço j urisdicional como uma espécie de serviço público58. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado "estado de coisas": o processo

eficiente.

ii) A aplicação do princípio da eficiência ao processo é urna versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece no texto constitucional, mas, sobretudo, por ser urna técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz corno um administrador59 - ainda que administrador de um determinado processo60.

58. CADlET, Lo'ic, JEULAND, Emmanuel. Droil .ludiciaire Privé. 7' ed. Paris: LexisNexis, 20 1 1 , p. 35 e 38; CAPONI, Remo. "O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas". Revisra de Processo. São Paulo: RT, 201 1, n. 192, p. 400-40 1 .

59. A eficiência como uma qualidade que contemporaneamente se busca atribuir à atividade administrativa -que se pretende uma administração gerencial - foi bem percebida por CUNHA, Leonardo José Carneiro da ..

"A previsão do "princípio da eficiência" no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

60. Em sentido diverso, Eduardo José da Fonseca Costa: "O postulado da eficiência processual é norma sobre a produção de outras normas, é norma de segundo grau, norma que imputa ao juiz o dever estrutural de 72

iii) Exatamente por conta disso, pode-se sintetizar a "eficiência", meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observou dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mini mo de recursos (efficiency); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (efjectiveness)61•

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabi lísticos. Ou seja, na escolha dos

meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade - não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade - não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade - não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado)62. A eficiência é algo que somente se constata a posteriori: não se pode avaliar a priori se a conduta é ou não eficiente.

Assim como o princípio da adequação, o princípio da eficiência impõe ao órgão juJisdicional o dever de adaptar ou "arquitetar", na expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, regras processuais, com o propósito de atingir a eficiência. Mas enquanto a adequação é atributo das regras e do procedimento, a eficiência é uma qualidade que se pode atribuir apenas ao procedimento - encarado como ato63. Embora se conceba um procedimento a priori (em tese) adequado - um procedimento definido pelo legislador, arquitetar criativamente regras procedimentais individuais e concretas que, uma vez efetivadas, produzam o estado fático desejado pelos princípios que as inspiram. Já o princípio da economia processual é norma de comportamento, é norma de primeiro grau, é norma que fixa como fim prático desejado um processo civil em que se obtém o máximo ele proveito com o mínimo de atividade dos sujeitos envolvidos. É bem verdade que a doutrina hodierna vem tentando dar ao princípio da economia processual um novo apelido, chamando-o de

"princípio da eficiência". Trata-se de modernice dispensável, porém. A inovação terminológica tão-somente se justifica se o inovador estiver cônscio da grave distinção entre "princípio da eficiência" e "postulado da eficiência". Todavia, a semelhança entre estas locuções só traz mais perturbações, motivo pelo qual a antiquada "economia processual,. ainda é preferível à "eficiência" para designar o princípio". (COSTA, Eduardo José da Fonseca. "As noções juridico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", cit., p.

294.)

6 1 . ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa", cit., p. 19.

62. ÁVILA, Humberto. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa", cit., p. 23-24.

63. Em sentido diverso, Eduardo José ela Fonseca Costa, para quem a eficiência é um atributo das regras. O autor entende que não existe um princípio ela eficiência, mas, sim, um postulado; esse postulado "não impõe o dever jurídico de promover-se um fim, mas estrutura, mediante a produção de regras jurídicas, a aplicação do dever de promover-se os fins que as infundiram. Não prescreve diretamente um comportamento, mas sim uma maneira de elaboração das regras, em que se concorda ao máximo o conteúdo delas com os valores que lhe justificaram a produção e que devem estar nelas imbricados. Enfim, o postulado da eficiência é uo1

dever de estruturaç;io, que estabelece uma vinculação entre princípios e regras jurídicas e que estabelece uma relação de otimização no processo de concretização dos princípios pelas regras. Definitivamente, quanto mais a criação duma regra estiver centrada na finalidade que dá suporte ao seu criador, ou nos princípios que lhe devam estar subjacentes, tanto mais eficiente será essa regra". (COSTA, Eduardo José da Fonseca.

"As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência", cit., p. 293.) Nessa linha, é difícil demarcar as áreas de incidência dos princípios da adequação - sobretudo a adequação teleológica - e da eficiência, que acabam por confundir-se. O próprio Eduardo José da Fonseca Costa entende que o postulado da eficiência opera sobre a criação de regras jurídicas ainda não existentes (cit., p. 293) - exatamente o 73

com a observância dos critérios objetivo, subjetivo e teleológico, examinados em item à frente -, um procedimento eficiente é inconcebível a priori: a eficiência resulta de um juízo a posteriori, como se disse, sempre retrospectivo.

Note que, assim, podemos distinguir eficiência e efetividade.

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos

termos acima. U m processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente - atingiu-se o fi m "realização d o direito"

de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.

Estabelecidas as premissas, podemos, agora, visualizar algumas aplicações do princípio da eficiência no processo.

1) O dever de eficiência impõe-se na escolha do meio a ser utilizado para a execução da sentença (art. 46 1 , §5°, CPC). O meio executivo deve promover a execução de modo satis fatório, nos termos mencionados acima.

ll) O princípio da eficiência exerce uma função interpretativa. Os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de modo a observar a eficiência.

Dispositivos relacionados à suspensão do processo, por exemplo, que impõem um limite temporal máximo para a suspensão (art. 265, §§3º e 5°, CPC), devem ser interpretados com temperamento: em certas situações, o prosseguimento do processo, após o vencimento do prazo máximo de suspensão, é medida que pode revelar-se extremamente ineficiente, sob o ponto de vista da admi.nistração do processo.

Iíl) Do princípio da eficiência pode-se extrair a permissão de o órgão jurisdicional estabelecer uma espécie de "conexão probatória" entre causas pendentes, de modo a unificar a atividade instrutória, como forma de redução de custos, mesmo que isso não implique a necessidade de julgamento simultâneo de todas elas.

lrnagine-se o caso em que um mesmo fato é afuinado em várias causas pendentes -

nocividade de um determinado produto, por exemplo-, que não podem ser reunidas para julgamento simultâneo, porque cada uma delas possui, ai.nda, suas próprias peculiaridades fáticas. Pode o órgão jurisdicional, neste caso, determinar uma perícia única, cujos custos seriam repartidos entre os sujeitos interessados de todos os processos.

!V) O princípio da eficiência é fundamento para que se permita a adoção, pelo órgão jurisdicional, de técnicas atípicas (porque não previstas expressamente na lei) de gestão do processo, como o calendário processual (definição de uma agenda de atos processuais, que aqui se defende pelo nome de princípio da adequação. Essa é mais uma razão para relacionarmos a eficiência à economia processual.

74



com a prévia intimação de todos os sujeitos processuais de uma só vez), ou outros acordos processuais com as partes, em que se promovam ceitas alterações procedimentais, como a ampliação de prazos ou inversão da ordem de produção de provas.

3. PRINCÍ PIOS CONSTJTlJCrüNAIS PROCESSUAIS IMPLÍCITOS

3.1. Princípio da b oa-fé processual

Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida corno uma norma de conduta ("boa-fé objetiva")64. Esse é o princípio da boa-fé processual, que se extrai do texto do inciso I I do art. 1 4 do CPC: "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (.. .) li - proceder com lealdade e boa-fé".

O inciso l i do art. 1 4 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva65, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções66•

Na doutrina brasileira, não é comum a menção a uma "boa-fé objetiva processual".

Poucos doutrinadores brasileiros aproveitaram essa grande contribuição germânica (Treu und Glauben, a proteção objetiva da confiança e da lealdade) em seus estudos sobre o direito processual, que ainda se prendem a uma concepção subjetiva de boa-fé. Ignora-se toda produção doutrinária sobre boa-fé objetiva no direito privado e no direito público.

Parece não ter havido "comunicação doutrinária interdisciplinar", o que é lamentável.

Olvida-se, também, a doutrina europeia sobre a boa-fé objetiva no processo, principalmente os autores alemães e portugueses, citados ao longo do texto67.

64. Sobre a boa fé como norma de conduta, amplamente, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes.

Da boa-fé no direito civil. 2' reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 632 e segs.

65. Relacionando o inciso 11 do art. 14 do CPC brasileiro à boa-fé subjetiva, MILMAN, Fábio. !mprobidnde processual, cit., p. 1 O 1 . Nelson Ncry Jr. e Rosa Nery afirmam, ao comentar esse disposi1ivo, que a boa

-fé processual se presume; tratam da boa-fé, pois, como fato, que se presume, e não como norma de conduta (Código de Processo Civil comentado e legislaç<lo extravagante. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 1 78, n. 1 1).

66. Assim, também, NORONHA, Fernando de. O direito cios contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 137. Embora sem dizer isso expressamente, parece ser este o pensamento de Antônio do Passo Cabral, ao afirmar que o inciso ll do art.

14 do CPC "consubstancia cláusula genérica de conduta ética" (CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cil., p. 69).

67. Cabe, então, mencionar alguns autores brasileiros que expressamente defendem a existência de uma "boa-fé processual objetiva": NORONHA, Fernando de. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa:fé.justiça contratual, cit., p. 1 37; CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cil., p. 76-78; MITIDlERO, Daniel. Colaboração no processo civil, cit., p. 95-96; __ . Comentários ao Código ele Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, l. 1 , p. 1 73; VINCENZl, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil, cit., p. 169 e segs.: GÓES, Giscle.

"Defesa do devedor na execução ele título extrajudicial: principiologia e técnjcas processuais ele efetividade".

FREDIE DIDIER JR.

O princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal68. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso 1 1 do art. 1 4 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral69.

Em razão disso, pode-se afirmar que é nova a compreensão de que o inciso li do art. 1 4 do CPC é uma cláusula geral. Ao tempo da edição do Código de Processo Civil de 1 973, a doutrina brasileira ainda não tinha conhecimento ou não dominava o repertório teórico da boa-fé objetiva. O texto normativo, à época, era encarado como uma proibição geral de comportamentos dolosos, e apenas isso.

A evolução do pensamento jurídico brasileiro permite, porém, que atualmente se encare o texto normativo sob outro enfoque: trata-se da consagração do princípio da boa-fé no processo.

Essa transformação é plenamente possível e aceitável, afinal texto e norma não se confundem, conforme foi visto no capítulo 1 deste volume do Curso Há texto sem norma, bem como há norma sem texto. A norma é o produto da interpretação do sistema nonnativo.

Veja-se o seguinte texto normativo: "Proíbe-se a utilização de biquíni". Este texto, no início do século XX, seria compreendido corno uma norma que impõe o uso de roupas de banho menos sumárias. Este mesmo texto, posto em alguma placa em uma praia brasileira, portuguesa, francesa etc., nos dias atuais, poderia ser compreendido como uma autorização para a prática do naturismo. Como se vê, a depender das circunstâncias históricas, o mesmo texto pode gerar normas até mesmo opostas.

Hú, porém, regras de proteçüo à boa-fé, que concretizam o princípio da boa-fé e compõem a modelagem do devido processo leal brasileiro. As normas sobre litigância de má-fé (arts. 1 7- 1 8 do CPC) são um exemplo disso.

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o A lcilura. Belém: Escola Superior da Magistratura, 2008, v. 1 , p. 32-40; M EDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte gemi e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009, v. l , p.

48-50; PRETEL, Mariana Pretel e. A boa-fé objetiva e a lealdade 110 processo civil brasileiro. São Paulo: Núria Fabris, 2008; lOCOHA.MA, Celso Hiroshi. Litigáncia de má-fé e lealdade processual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45; WAMBíER, Luiz Rodrigues. "Abuso do procedimento especial". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 2012, n.204, p. 58-60.

68. TARUFFO, Michele. "General report - abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness", p. 6; JUNOY, Joan Pico i. "EI debido proceso 'leal'", cit., p. 370-3 7 1 . Também reconhecendo a grande utilidade de urna cláusula geral processual de boa-fé, VTNCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003. p. 169 e segs.

69. LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. Revista de processo. São Paulo, n. 19, 1 980, p. 6 1 . Assim, também, CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório corno dever e a boa-fé processual objetiva". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 69.

manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A boa-fé subjetiva é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do art. 1 4 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva70, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade

com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções71 •

A consagração d o princípio da boa-fé processual fo i resultado d e uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A j urisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão72 (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil73 e penal74• De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho75• Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os "não civis"76. Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé77• Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais78•

70. Relacionando o inciso li do art. 1 4 do CPC brasileiro à boa-fé subjetiva, MILMAN, Fábio. Improbidade processual, eit., p. 1 O 1 . Nelson Nery Jr. e Rosa Nery a filmam, ao comentar esse dispositivo, que a boa-fé processual se presume; tratam da boa-fé, pois, como fato, que se presume, e não como norma de conduta (Código de Processo Civil comentado e legislaçcio extravagante. 9" ed. São Paulo: RT, 2006, p. 1 78, n. 1 1).

7 1 . Embora sem dizer isso expressamente, parece ser este o pensamento de Antônio do Passo Cabral, ao afirmar que o inciso l i do art. 14 do CPC "consubstancia cláusula genérica de conduia ética" (CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório corno dever e a boa-fé processual objetiva", cil., p. 69).

72. § 242 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch): "Der Schuldner isl verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mil Rücksichl auf die Verkchrssille es erfordern". ("O devedor está adstrito a realizar a prestação tal corno o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego", de acordo com a tradução de CORDEi RO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, cit., p. 325). Há uma outra tradução, bastante conhecida no Brasil, de Souza Diniz: "O devedor está obrigado a executar a prestação eomo a boa fé, em atenção aos usos e costumes, o exige" (Código Civil Alemão. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, p. 56)

73. "A sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escriia sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil,

cit., p. 375.)

74. O STF já decidiu que o processo penal também é regido pelo princípio da boa-fé, como forma de impedir comportamentos abusivos: STF, 2' T., HC n. 92.01 2/SP, rei. Min. Ellen Gracie, j. em 1 0.6.2008.

75. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, cit., p. 376, especialmcnle a nota 437.

76. "Essa expansão é notável e denota a compleição ela boa-fé não como um instituto jurídico comum, mas como factor cultural importante, ligado, de modo estreito, a um certo entendimento do jurídico". (CORDEIRO.

António Manuel ela Rocha e Menezes. Da boa-fé 110 direito civil, cit., p. 3 7 1 .)
77. LARENZ, Karl. Derecho civil-parte general. Miguel lzquierdo y Macías-Picavea (trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 300.

78. CHIOVENDA, Giuseppe. Princ ípios de derecho procesal civil. José Casais y Santa ló (trad.). Madrid: Réus, 2000, t. 2, p. 2 1 1 : JUNOY, Joan Pico i. "EI debido proceso 'leal'". Revista Peruana de Derecho Procesal.

Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 366.

FREDIE DIDIER JR.

A expansão ao processo civil não se deu sem obstáculos. Na própria Alemanha, no i nício do século XX, já se chegou a dizer que o direito processual impede qualquer apelo à boa-fé ou lealdade e os comportamentos processuais são "livres da moralidade"79•

Mesmo atualmente, há doutrinadores que cerram fileiras contra o princípio da boa-fé processual, que, segL111do afim1am, possui t raços autorit ários80.

Segundo JUAN MONTERO AROCA, processualista espanhol, a exigência de col aboração processual somente pode ser compreendida em um contexto ideológico que parte da premissa de que os cidadãos não têm direito a "'pelear" por aquilo que acreditam que lhes é de direito e com todas as "armas" proporcionadas pelo ordenamento jurídico81 •

O argumento não convence.

Até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe. O Estatuto de Roma, que c riou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra (art. 8°, 2, "b", vi e vii) "provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido e utilizar indevidamente uma bandeira de t réguas. a bandeira nacional, as i nsígni as militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves". São, como se vê, condut as abusivas, que ferem a ética da guerra. Hastear

"bandeira branca", i ncentivando o avanço das tropas adversárias direto para uma emboscada, é venire contra/acwm propri11111, conduta i ntolerável mesmo na guerra. A leitura do rol dos cri mes de guerra previsto neste artigo revela, com alguma facilidade, a preocupação com a preservação e o i ncentivo à boa-[é e à cooperação em períodos de guerra.

Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a exist ência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas met aforicamente, de modo civilizado e sob supe rvisão do juiz, as partes "guerreiam" por seus i nteresses?

Ademais, como afirma LEONARDO GRECO, ·'bem aplicado, esse principio ... serve com certeza roais adequadamente ao processo liberal"82, pois serve à proteção dos direi tos subjetivos dos litigantes, "pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"83.

Note, ainda, que os destinatários da norma são todos aqueles que de qualquerforma participam do processo, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o 79. Sobre o tema, HESS, Burkhard. '"Abuse of procedure in Germany and Áustria", cit., p. 155, inclusive as notas 28 e 29.

80. A ROCA, Juao Montero. los principias polílicos de la 1111e1•a ley de E11juicia111ien10 Civil. Valência: Tirant lo blanch, 2001, p. 106-108.

8 1 . A ROCA, Juan Montero. los princípios políticos de la 1111el'a Ley de E11j11icia111ie1110 Civil, cit., p. 108.

82. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 1 64, p. 49.

83. GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil", cit., p. 52.

órgão jurisdicional84• A observação é importante, pois grande pa1te dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes85.

Nessa linha, ampliando a incidência do princípio da boa-fé processual a todos os sujeitos processuais, inclusive ao juiz, o ai1. 52 do Código de Processo Civil Suiço de 2009: "Art. 52. Comportamento secando buona fede. Tutte le persone

che partecipano ai procedimento devono comportarsi secando buona fede".

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, tout court, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.

A doutrina alemã agrupou quatro casos de aplicação da boa fé ao processo86: a) proibição de criar87 dolosamente posições processuais88, ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição de venire contra factum proprium89•90; e) a proibição de abuso de 84. O STF já reconheceu exprcss�mente a vinculaçfio do órgão jurisdicional ao princípio da boa-fé processual (STF, HC 1 0 1 1 32 ED/M A, rei. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Informativo do STF n. 665, 7-12 de maio de 2 0 1 2). Assim, também, TARUFFO, Michele. "General report - abuse of procedural rights: comparative standards ofproccdural fairness". Abuse o/ procedural rights: comparative standards ofproceduralfairness. Michcle Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law lntcmational, 1999, p. 19; HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Áustria". Abuse o/ procedural rig/11s: comparative standards o/ procedural

/airness.Michelc Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law Intcrnational, 1 999, p. 156.

85. Por exemplo, o monografista do tema JUNOY, Joan Pico i. "EI debido proceso ' leal'". Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 3 4 1 ; M!LMAN, Fábio. Improbidade processual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8 1 e segs; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravaga111e. 9" ed. São Paulo: RT, 2006, p. 177-178; BEDAQUE, José Roberto dos Santos.

Código de Processo Civil i11te1pretado. 2" ed. Sfio Paulo: Atlas, 2005, p. 84-85.

86. BAUMGÃ RTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". Zeitschrij/ flir Zivilprozess, 1 973, n. 86.

Heft 3, p. 355; ZEISS, Walter. EI dolo procesal: aporte a le precisacion teorica de una prohibicio11 dei dolo en el proceso de cog11icio11 civilistico. Tomas A. Banzhaf(trad.). Buenos Aires: Edicioncs Juridicas Europa

-América, 1 979. passim; HESS, Burkhard. "Abuse of procedure in Germany and Áustria", cit., p. 1 53-1 54.

87. "Das Verbot zu scha/e11", no texto original BAUMGÃRTEL, Gonfried. 'Treu uncl Glauben im Zivilprozess".

Zeitschrifi fiir Zivilprozess, cit., p. 355.

88. Como, p. ex., os casos do ar!. 456° do CPC português e alguns casos previstos 110 CPC brasileiro: o requerimento doloso ela citação por edilal (an. 233), a atuaçilo dolosa do órgão jurisdicional (arl. 1 33, 1) e ern algumas hipóteses de litigância de má-fé que exigem a presença do "elemento subjetivo" (art. 1 7, 1, li, I li e IV). É importante registrar, especificamente para a aplicação do arl. 1 7 do CPC, que nem todos os casos de litigância de má-fé ali previstos exigem a "má-fé subjetiva"; há casos cm que a "má-fé" é examinada objetivamente, como nos casos dos incisos V, VI, VII e VI li do mesmo artigo. Advenindo sobre esse aspecto, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por daao processual no direito brasileiro".

Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1 977, p. 26. Trata-se de um dado relevante para confirmar a e.xistência de uma cláusula geral de proteção da boa-te objetiva.

89. Como, por exemplo, recorrer contra uma decisão que se aceitara (an. 503 do CPC brasileiro: "Art. 503.

A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer".) ou pedir a invalidação de ato a cujo defeito deu causa (ai1. 243 cio CPC brasileiro), ou a impugnação da legitimidade ativa, já aceita em processo anterior (último exemplo retirado de JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso

'leal'". Revista Peruana ele Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 357).

90. "Das Verbo! des widerspriichlichen Verhaltens ", no original, BAUMGÃRTEL, Gottfried. 'Treu und Glauben im Zivilprozess". Zeitschrifi fiir Zivilprozess. cit. p. 355.



FREDIE DIDIER JR.

poderes processuais91•92; d) Verwirkung (supressio, de acordo com a sugestão consagrada de MENEZES CoRDEIR0)93: perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido.

Além dessas concretizações, o princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação

entre os sujeitos do processo. A importância desses deveres é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio adiante.

Perceba que a correta compreensão das repercussões da boa-fé objetiva no direito processual exige do profissional o conhecimento da evolução do terna no direito civil, principalmente da teoria do abuso do direito, do exercício inadmissível das posições jurídicas: venire co11trafc1ctum propri11111, supressio, surrectio, tu quoque etc. Sobre o tema, indica-se a leitura da obra de Menezes Cordeiro, amplamente citada ao longo do texto, a tese de Judith Martins-Costa sobre a Boa-fé e os cursos de Direito Civil de Cristiano Chaves-Nelson Rosenvald e Pablo Stolze-Rodolfo Pamplona Filho.

É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte t10rmativa da proibição do exercício inadmissível de posições j urídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do

"abuso do direito" processual94 (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna i lícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé.

É preciso, porém, encontrar o fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual.

Mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais.

9 1 . Como, por exemplo, o abuso do direi/O de defesa, que pode autorizar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, li, CPC bra. ileiro), ou o abuso do direito de recorrer, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 17, VII, CPC brasileiro).

92. "Der Missbrauch prozessua/er Befugnisse", no original, BAUMGÁRTEL, Gottfried. "Treu und Glauben im Zivilprozess". Zeitschrififiir ZM/prozess, cit.,

p. 355.

93. Como, por exemplo, a supressio do direito do cônjuge/descendente/ascendente do executado à adjudicação do bem penhorado que foi à hasta pública. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. "Direito de adjudicar e direito de remir: confronto cio art. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002". Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 32, v. 146, 2007, p. 178-1 79.

94. Sobre a relação entre boa-fé e abuso do direito, mais uma vez CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé 110 direi10 civil, cit., p. 861-902



DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

Há quem veja no inciso l do art. 3º da Constituição brasileira o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva95. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de urna sociedade livre, j usta e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de

não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, bá quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1 º, III, Constituição Federal brasileira)96.

Para MENEZES CORDEIRO, por exemplo, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à igualdade: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual"97.

ANTÔNIO oo PASSO CABRAL entende que o fundamento da boa-fé objetiva processual é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também "tem uma finalidade de colaboração com o exercício dajurisdição"98. O direito ao contraditó1io não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

Para JOAN Pico 1 JUNOY, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, l imitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva99, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias ("processo devido"). Cria, para tanto, eloquente expressão: o devido processo leal'ºº·

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, órgão máximo da justiça brasileira, segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal 95. VINCENZI, Bnmela Vieira de. ;J boa-fé na processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1 63.

96. ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186 e segs; NEGREIROS, Teresa. Fundame111os para uma inte17;re1ação constitucional do princípio da boa-fé.

Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 224-274.

97. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Litigáncia de má-fé, abuso do direito de acção e culpa

'in agendo '. Coimbra: A hnedina, 2006, p. 5 1 . Assim, também, do mesmo autor, mais longamente, Da boa-fé no direito civil, cit., p. 1.271 e segs.

98. CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", cit., p. 63. Assim, também, YINCENZ!, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil, cit., p. 172.

99. " ... la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho em otros términos, l a mala fé procesal puede pender em peligro el otorgamiento de uma efectiva tutela judicial. .. " (JUNOY, Joan Pico i. "El debido proceso 'leal'", cit., p. 346.)
100.JUNOY, Joan Pico i. "EI debido proceso 'leal'", cit., p. 345 e segs.



exige um processo leal e pautado na boa-fé1º1• A transcrição do trecho da fundamentação é necessária:

"O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e

administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de/air triai, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do/air triai é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1 988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos".

E arremata o STF com a confirmação de que a exigência de comportamento de acordo com a boa-fé atinge a todos os sujeitos processuais, e não apenas às partes:

"Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fclir triai não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, d ireta ou indiretamente, funções qualificadas constit11cionalmente como essenciais à Justiça".

Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se a do STF, principalmente em razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como urna cláusula geral é pacifica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência.

É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa

-fé processual como conteúdo da garantia dofair trial. A referência ao due process of law corno fundamento para reprimir os comportamentos temerários é frequente nos países do common law. Em tais países, a cláusula geral do devido processo legal é diretamente aplicada pelas cortes corno um padrão geral para a avaliação de práticas processuais inadequadas"º2.

1 0 1 . STF. 2• T., RE n. 464.963-2-GO. rei. Min. Gilmar Mendes, j. em 1 4.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2• T .. Al n. 529. 733-1-RS, rei. Min. Gil mar Mendes, j. em 1 7. 10.2006,

publicado no DJ ele 0 1 . 1 2.2006.

102. HAZARD Jr., Geoffrey C. "'Abuse ofproceclural rights: a summary view ofthe common law systems'".

Abuse o/procedural righrs: comparative standardi ofproceduralfaimess. Michele Taruffo (coord). Haia/

Londres/Boston: Kluwcr Law lntemational, 1 999, p. 38; HAZARD Jr., Geoffrey C. "Abuse ofprocedural rights: report for the Uni teci States'". Abuse of procedural rights: comparative standards of proced11ral faimess. Micbele TarufTo (coarei). !laia/Londres/Boston: Kluwer Law lntemational, 1 999, p. 43; TARU

FFO, Michele. "General report- abuse of procedural rights: comparative standards of proccclural faimess'", Abuse of procedural rights: compara tive standards of procedural fairness. M ichelc Taruffo (coarei). Haia/

Londres/Boston: Kluwcr Law lntemational, 1 999, p. 7.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser devido (giusto, como dizem os italianos, equitativo, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal.

Não se poderia aceitar como justo um processo pautado em comportamento desleais ou antiéticos.

3.2. Princípio da efetividade

Da cláusula geral do "devido processo legal" podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual, conforme visto.

Dela também se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste "na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"103•

Esse posicionamento é reforçado pela moderna compreensão do chamado "princípio da inafastabilidade" (examinado no capítulo sobre jurisdição, neste volume do Curso), que, conforme célebre 1 ição de KAzuo W ATANABE, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente "bater às portas cio Poder Judiciário", mas, sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. "O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito"1º4. Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário.

Segundo MARCELO LIMA GUERRA, o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional "capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva"'º5• Mais concretamente, significa: a) A interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) O juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma nom1a que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcional idade, como fom1a de proteção a outro direito fundamental; c) O juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação i ntegral de tutela executiva 106•

103. GUERRA, Marcelo Lima. Direi/os f11ndame111ais e a proleçào do credor na execução civil, cit., p. 102.

1 04.MARINONl, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela

jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". Revisra de Direi/o Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 303.

105. GUERRA, Marcelo Lima. Direiro.1· fundamemais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 102-103.

1 06. GUERRA, Marcelo Lima. Direi1osfunda111entais e a proleçcio do credor na execuçcio civil, cit., p. 1 03-104.

FREDIE DLDIER JR.

Partir da premissa de que existe um direito fundamental à tutela executiva é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, principalmente aqueles relacionados à aplicação das regras de proteção do executado, com as hipóteses de impenhorabilidade (ver, sobre o assunto, o volume 5 deste Curso).

3.3. Princípio da adequação (legal e j urisdicional) do processo O princípio da adequação pode ser visualizado, de acordo com a doutrina, em dois momentos: a) legislativo, como infonnador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida.

Nesse segundo momento, fala-se em princ ípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo.

Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natmeza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar este fenômeno1º7•

O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.108 Do princípio da inafastabilidade, é possível retirar-se o princípio da adequação da tutela jurisdicional. Também é possível retirá-lo do direito fundamental a um processo devido: processo devido é processo adequado. Lembre-se que o devido processo legal é uma cláusula geral, de onde se podem retirar outros princípios, tal como o da adequação.

Há quem entenda, ainda, que o princípio da adequação decorre do princípio da efetividade, também esse corolário do devido processo legal.

É como afirma MARlNONI, visualjzando a adequação corno imposição do direito ftmdamental à efetividade: "A compreensão desse direito depende da

adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser 107. A respeito da relação entre tutela jurisdicional e procedimento, YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999. Veja-se o que afirma o autor: "Contudo, o processo também pode ser visto - sempre com olhos voltados para a tipicidade - como o 'instrumento da jurisdição'. Sob esse prisma, pensar no processo é pensar no modo pelo qual o Estado desenvolve a função jurisdicional e, ao mesmo tempo, pensar nos 'caminhos' ou 'remédios' postos à disposição do interessado para desencadear o exercício dessa função. Com tais considerações, não é dificil perceber, 'retorna-se' ao tema do ingresso em juízo; não exatamente sob o ângulo da 'ação' tal como já examinado, mas sob a ótica do meio colocado à disposição tanto das partes, quanto do próprio Estado para a declaração e atuação do direito"

(p. 167).

108. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, ob. cit., p. 204.

decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial"1º9•

O titular do direito, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a

criação de um procedimento adequado às particularidades da situação j urídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional 1 10.

É possível dizer, com ÜALENO DE LACERDA, que o princípio da adequação é o que justifica a existência de uma teoria do processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será poss[vel aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado)' 1 1 .

A adequação do processo apresenta-se, segundo Galeno Lacerda, sob os aspectos subjetivo, objetivo e teleológico, que não se excluem, antes se inter-relacionam. 112

A adequação subjetiva do processo se opera em razão dos litigantes. São exemplos de regras de adequação subjetiva do processo: a) intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de incapazes (art. 82, 1 , CPC); b) diferenciação de regras de competência (domicílio do alimentando, art. 1 00, II, CPC; entes públicos federais, art. 1 09, I, CF/88); c) incapacidade processual para litigar em certos procedimentos (art. 8°, Lei Federal n .

9.099/1995); d) prazos especiais (art. 1 88, CPC) etc.

A adequação teleológica do procedimento faz-se de acordo com as diversas funções a que visa. "Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e rito distintos daqueles exigidos para a execução, onde se cuida da realiza

ção coativa do direito declarado, ou para o processo cautelar, que busca a segurança do interesse em l i de". 113 Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso. Assim, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais é adequado aos valores duração razoável do processo e efetividade, que presidiram a sua criação.

109. M ARLNONL, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 304.

1 1 O. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, ob. cit., p. 2 14.

1 1 1 . Favoráveis, que somos, a uma teoria geral do processo, a incluir o legislativo e o administrativo, além do jurisdicional, não poderíamos deixar de mencionar as manifestações deste princípio nestas outras searas processuais, de modo há, tanto mais, realçar a sua importância. Dois exemplos: a) a diversidade de procedimentos licitalórios previstos na legislação, criados conforme o objeto do certame; b) a diferenciação procedimental para as emendas constitucionais, a pôr em destaque a relevância das matérias que serão por elas tratadas.

1 1 2. "lnstrnmento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação." (O Código como Sislema Legal de adequação do processo, p. 1 64).

1 1 3 . LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de adequação do processo, p. 166-167.

FREOJE DIDIER JR.

Três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência.

São exemplos do primeiro critério os procedimentos das "possessórias", dos alimentos, da busca e apreensão em alienação fiduciária e o da liminar em ação

civil pública etc. Do segundo critério são exemplos o mandado de segurança, a ação monitória e a tutela antecipada genérica do ait. 273, CPC. São exemplos de tutela de urgência os procedimentos especiais de alimentos e mandado de segurança preventivo.

A indisponibilidade do direito é fator levado em consideração para a diferenciação procedimental. ÜALENO LACERDA, ao anal isar esta adequação objetiva, assim se manifesta:

"I nteressante é observar como a diferença de grau entrn a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tanto out:ros".1 14

Quando a diferenciação do procedimento ocorre pela apresentação processual do direito, temos a proteção daquilo que foi muito bem denominado de tutela da evidência ou tutela do direito evidente: 1 1 5 tutela-se energicamente o direito em razão da evidência (aparência) com que se mostra nos autos. Não tem importância, a princípio, a natureza do direito material posto em litígio. Privilegia-se, sem dúvida, a comprovação do direito alegado: direito líquido e certo (cujos fatos se comprovam documentalmente)116 e prova escrita, em se tratando de ação monitória.

Mas o processo deve ser adequado também pelo órgão jurisdicional, que deve estar atento aos mesmos critérios de adequação.

Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo corno meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo ex officio, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou

adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em 1 1 4. O Código como Sistema Legal. .. , ob. cit., p. 165.

1 1 5. FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da t11tela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

1 16. MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança - Direito Líquido e Ce1to, RePro 92, pp. 1 5/32.

razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

Muitas vezes, há regras legais que autorizam essa adequação j udicial do procedimento. Podem ser citadas, como exemplos: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo: a regra do procedimento é alterada no caso concreto, ope iudicis, preenchidos certos requisitos, de acordo

com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4° e 5°, CPC); e) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (ait. 330, CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 33 1 , CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei Federal n. 4.7 1 71 1 965, arts. 7º e segs.);j) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, § 4°, CPC; h) adequação do processo em jurisdição voluntária (art. 1 . 1 09, CPC) etc.

Mas o princípio da adequação do processo pode at11ai· diretamente, sem a intermediação de que regras que o concretizem.

Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto1 17, que impede a efetivação de um direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade etc.). É como afirma HUMBERTO Áv1LA, referindo ao devido processo legal, do qual, é preciso lembrar, se extrai o prindpio ela adequação: "No plano ela eficácia direta, os princípios exercem uma.fi111ção integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que eleve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo - mas elas são necessárias-, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal" 118.

Um exemplo. O prazo de defesa no procedimento comum ordinário é de quinze dias.

Entende-se que esse é o prazo adequado para elaboração ela defesa pelo réu. Jmagine, porém, que a petição inicial venha acompanhada de dez volumes de documentos (dois mil documentos, mais ou menos). Esse prazo revelar-se-á, naquele caso, como inadequado.

Permite-se que o magistrado dilate o prazo de defesa, permitindo a efetivação do direito fundamental a um processo adequado à apresentação da defesa pelo

demandando1 19•

1 1 7. Por todos, MARTNONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

1 1 8. Á VILA, Humberto. Teoria dos principias - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 97.

1 1 9. Assim, considerando a "função bloqueadora" dos princípios, "porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido", ÁVTLA, Humberto.

Teoria dos princípios, cit., p. 98. Assim, também, o arl. 486", n. 4 e 5, do CPC português, que preveem regras que articulam o principio da adequação judicial: "4. Ao Ministério Públíco é concedida a prorroga

ção do prazo quando careça de informações que não possa obter dentro dele ou quando tenha de aguardar 87

Outro exemplo. Na ação rescisória trabalhista, exige-se do autor a efetivação de um depósito prévio no montante de 20% sobre o valor da causa. Considere-se abstratamente adequado o valor, até como forma de desestimular ações rescisórias temerárias. Se, porém, esse valor mostrar-se, em um caso concreto, um obstáculo intransponível ou de difícil superação pelo autor, por ser demasiado, poderá o tribunal "adequar" o valor, reduzindo-o de modo a garantir a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, então, fundamental para a melhor consecução dos fins do processo. CARLOS ALBERTO ALVARO DE ÜLIVE!RA sugere, para uma reforma legislativa, o estabelecimento do princípio da adaptabilidade (que ele denomina de princípio da adequação formal, seguindo a terminologia do CPC Português, que contém regra expressa120) como princípio geral do processo, uma espécie de cláusula geral de adequação do processo, "facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fi m do processo". 121 Como se trata de um desvio (previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o órgão jurisdicional sempre deve alertar as partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios do contraditório e da cooperação.

Em sintese: procede-se à adequação do processo ao seu objeto tanto no plano legislativo, abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com as necessidades do direito mate1ial, corno também no plano do caso concreto, processual, conferindo-se ao órgão jurisdicional o poder de adequar o procedimento às exigências da causa.

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL, PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O MODELO

DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1 . Nota introdutória

Há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em conformidade com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por devido processo legal, que, como visto, por se tratar de cláusula geral, é resposta a consulta feita a instáncia superior; o pedido deve ser fundamentado e a prorrogação não pode, em caso algum, ir além de 30 dias. 5. Quando o tribunal considere que ocorre motivo ponderoso que impeça ou dificulte anormalmente ao réu ou ao seu mandatário judicial a organização da defesa, poderá, a requerimento deste e sem prévia audição da parte contrária,

prorrogar o prazo da contestação, até ao limite máximo de 30 dias".

1 20. "Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, detenninar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações."

1 2 1 . OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo de. "Efetividade e Processo de Conhecimento". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 1 999, n. 96, p. 66.

texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

A doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Identificamos um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Vamos examinar cada um deles.

4.2. "Princípios" dispositivo e inquisitivo. Modelos tradicionais de organização do processo: atlversarial e inquisitorial

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

A doutrina costuma identificar dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversaria/ e o modelo inquisitorial. Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia,122 a dicotomia ainda continua sendo bastante util izada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema.

Em suma, o modelo adversaria! assume a fonna de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir123• O modelo inquisitorial (não adversaria!) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo124•

A divisão do "trabalho" processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afinna BARBOSA MOREIRA, "falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da 'divisão de trabalho' entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, eleva este atuar com o fim de estabelecer a norma 1 22. Sobre os problemas desta dicotomia, DAMASKA, M irjan R. Thefaces o/justice and State Authorily. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3 e segs; CHASE, Oscar G. "A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado". Revista de Processo. Silo Paulo: RT, 2003, n. 1 1 0, p. 122.

123. JOLOWICZ, J. A. "Adversaria! an inquisitorial approaches to civil

litigation". On civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 1 77.

124. DAMASKA, Mirjan R. Thefaces o/justice and StateA11thority, ci1., p. 3. No original: "The adversaria! modc of proceeding lakes i1s shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement oft:wo adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is Lo reach a verdicL. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under t.he first system, Llie two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perfom1 most activities".

j urídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no l itígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se Lhe permita contTolar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios

adequados".125

Fala-se que, no modelo adversaria!, prepondera o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princ ípio inquisitivo. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de

"espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado principio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princ ipio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de "inquisitividade"; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a

"dispositividade".

Já se pretendeu distinguir o processo penal e o processo civil exatamente pelo conjunto de poderes atribuídos ao magistrado, inicialmente mais intenso naquele do que nesse126.

Também haja quem relacione o processo adversaria! ao common !aw e o processo inquisitivo ao civil law. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.

A "dispositividade" e a "inquisitividade" podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o "princípio dispositivo" e, em relação ao outro, o "princípio inquisitivo".

Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixa

ção do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas ex officio (art. 1 3 0

do CPC).

1 25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ··os poderes do juiz na direção e na insm1ção do processo". Temas de direito processual civil- quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

126. Atualmente, uma tal distinção não se justifica. Ver, por todos, o excelente trabalho de MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Processo civil e processo penal: mão e contramão?". Temas de direito processual-sétima série. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 201-215.



ÜEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Convém transcrever o pensamento de BARBOSA MOREIRA: " ... fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração cio processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica

inspiração". 127

Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da dispositividade ou da inquisitoriedade que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais 128• Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delim itação do objeto litigioso etc. À medida que esses assuntos forem sendo examinados neste Curso, ficará demonstrado se prepondera o "princípio dispositivo"

ou o "princípio inquisitivo".

É fundamental visualizar o problema, enfim, sob dois aspectos: a) propositura ela demanda: delimitação cio objeto litigioso cio processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção ele provas, efeito devolutivo cio recurso etc. No primeiro aspecto, há urna dimensão substancial ela dispositividadelinquisitividade; no segundo, uma dimensão processual do tema.

BARBOSA MOREIRA e BEDAQUE defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é "preferível que a denominação principio dispositivo seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação ele direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através ele atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (. . .) Trata-se de um princípio relativo à relaçã.o material, não à processual". 129-130

Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao princípio dispositivo/inquisitivo uma dimensão substancial, pois o relacionam à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

Note-se, porém, que, independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa ela parte para dar início ao processo. No entanto, admite-se a abertura ex ojficio de processo ele inventário (art. 989, CPC), que cuida de interesses 127. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Reformas

processuais e poderes do juiz". Temas de direito processual

- 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

128. JOLOWICZ, .J. A. "Adversaria! an inquisi1orial approaches 10 civil litigation", cit., p. 1 75 - 1 76.

129. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Refom1as processuais e poderes do juiz". Temas de direito processual 8"

-

série. São Paulo: Saraiva, 2004.

130. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes i11Strutórios do juiz. 3" ed. Silo Paulo: RT, 2001, p. 90.

eminentemente disponíveis13 1 • Também é irrelevante a natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial de produção de provas (art. 130 do CPC).

Flávio Yarshel1132 entende que, ao menos no processo jurisdicional estatal societário, o modelo a ser seguido é o dispositivo. Para o amor, o processo societário deve seguir o modelo do processo arbitral. Não há razão para uma participação mais ativa do juiz em processos que envolvem interesses eminentemente empresariais.

Para encerrar este item, há uma última ponderação.

A doutTina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não

-autotitários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina.

A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário.

É desse contexto que surge uma doutrina denominada de gara111ismo processual, que tem por objetivo proteger o cidadão dos abusos do Estado, caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se JUAN MONTERO A ROCA (Espanha), LLns CORREIA DE MENDONÇA (Portugal) e FRANCO C1PRIANl (ltália)m. Esse pensamento já foi denominada no Brasil de "neoprivatismo processual"134•

Para essa corrente, a própria discussão sobre a boa-fé no processo revela traços autoritários1H Há evidente exagero. Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda que apenas mctaforicamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes "guerreiam'· por seus imeresses? Ademais, como afirma LEONARDO

GREco, '·bem aplicado, esse princípio ... serve com certeza mais adequadamente ao processo liberal"136, pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes,

"pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade"137•

1 3 1 . BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes i11s1r111órios dojuiz. cit., p. 92.

1 32. Palestra apresenlada nas IX .Jornadas Brasileiras de Direito Processual, em

29.08.20 1 2, Rio de Janeiro.

133. Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea A ROCA, Juan M. (org.). Proceso e ideologia.

Valencia: Tirant lo blanch. 2006.

1 34. MOREIRA, José Carlos Barbo�a. ··o neoprivatismo no processo civil"". Leituras complememares de Pivcesso civil. 7º ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 309-320.

1 35. A ROCA, Juan Montem. Los principias políticos de la 1111eva Ley de E11.f11icia111ie1110 Civil. Valência: Tirant lo blaneh, 2001 , p. 1 06-108; MENDONÇA, Luís Correia ele. "O vírus autorilário". Julgai: Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 86 e segs.

1 36. GRECO. Leonardo. ·'Publicismo e privatismo no processo civil". Revista de Processa. São Paulo: RT, 2008. n. 164. p.49.

137. GRECO, Leonardo. ··Publicismo e pmatismo no processo civil", cit., p. 52.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRJNCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

4.3. Processo cooperativo: u m terceiro modelo de organização do processo. Princípios e regras de cooperação. Eficácia do princípio da cooperação

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de um outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

Esse model.o caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes138• O contraditório volta a ser valorizado139

como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida140.

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há urna condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo141, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia. D1ERLE

JosÉ COELHO NUNES, que fala em modelo comparticipativo de processo como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a Constituição, afirma que "a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva pol icêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo"142.

Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional 143, que assume uma "dupla posição": "mostra-se paritário na condução do processo, 1 38. OLIVEl RA, Carlos Alberto AI varo de. "Garantia do Contraditório". Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 1 39-140.

139. Como já fora no processo medieval romano-canônico, G l U LIAN!, Alessandro. "L'ordo judiciarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)". Rivis/a di Dirilla Pracessuale. Milano: CEDAM, 1998, v. 43, p. 6 1 1 ; OLIVEl RA, Carlos Alberto AI varo de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 25-26; MJT!D!ERO, Daniel. Colaboração 110 processo civil. São Paulo: RT, 2009, p. 8 1 .

140. Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de Ml

TIDl ERO, Daniel. Colaboração 110 processo civil, cil., p. 89-90.

1 4 1 . "Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais aindasejus1ifica pela complexidade da vida atuaf'. (OLIVEfRA, Carlos Alberto AI varo de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo", cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

142. NUNES, Dicrle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 2 1 5 . Neste mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. Processo constitucional, cit., p. 60-6 1 .

143. GREGER, Reinhard. "Coopcraçào como princípio processual". Ronaldo Kochen (trad.). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 125.



no diálogo processual", e "assimétrico" no momento da decisão144; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na "divisão do trabalho"145, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equil íbrio. A

cooperação, co1Tetamente compreendida, em vez de "determinar apenas que as partes - cada uma para si - discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dele participem"146•

No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões tTavadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. Em um processo autoritário/inquisitorial há essa assimetria também na condução do processo147.

Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por poderes processuais, distinta da posição processual das partes, recheadas de ônus e deveres. Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou deveres-poderes, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O

exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo"8.

Assimetria significa apenai. que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.

Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa deste princípio.

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do "estado de coisas"

(comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Essa eficácia nonnativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (venire contrafactum propriwn) do órgão julgador, 144 MITIDIERO. Daniel. Colaboraçtio 110 processo civil, cil., p. 102-103.

145. Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. "'Adversaria! an inquisitorial approaches to civil litigation". 011 civil procedure. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOR.EIRA. José Carlos Barbosa "O problema da ·divisão do trabalho' entre juiz e panes: aspectos terminológicos'". Temas de direiro processual. São Paulo: Saraiva, 1989, 4' série, p. 35-44.

146. GREGER, Rcinhard. "Cooperação como princípio processual". Ronaldo Kochcn (trad.). Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2012. n. 206, p. 125.

14 7. "No modelo assimétrico, todavia o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção" (M ITlDIERO, Daniel. Colaboração 110 processo civil, ci1., p. 98).

14 . Assim. ZANETI Jr .. Hermes. Processo co11s1it11cio11al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).

Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais dificil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decotTentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O

dever de cooperação é um deles.

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção149.

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) dever de lealdade: as partes não podem l itigar de má-fé (art. 1 7 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. J 4, II, CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-88 1 , CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-0, 1, e 574, CPC).

Mas também em relação ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação.

O órgão jurisdicional tem o dever de lealdade, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado.

O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenba sobre as suas alegações, pedidos ou posições em j uízo15º, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas151• Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse i lícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante - convém lembrar que há hipóteses em que se confere 149. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Da boa/é no Direito Civil, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. Con/ralos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

1 50. SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2ª ed.

Lisboa: Lex, 1997, p. 65. Assim, também, GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

1 5 1 . Art. 266 do CPC de Portugal : "2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato".

a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever152.

O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer

-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes153. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC).

Fala-se ainda no dever de consulta.

O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, 154 sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir155• Eis o dever de consulta.

152. Para Lúcio Grassi, é possível reiirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 1 3 1 , 339.

340, !, do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 5 1).

153. Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de esclarecer as partes, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. "Prólogo". Comentários ao Código de Processo Civil. 2' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

1 54. Art. 3º, 3, CPC Português: "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 ela se pronunciarem". Art. 8°, 2, CPC de Macau: "2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência". Arl. 1 6 Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. 11 ne peut retenir dans SA décision, les moyens, les explications et les documents invoqnés ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. 11 ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu"il a relevés d' office sans avo ir au préalable invité les parties à présenter leurs observations".

(na tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de oficio, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".) Art. 1 O I , 2, CPC

italiano, recentemente reformado: art. 1 O 1 do CPC italiano agora tem um "2º comma", com a seguinte redação: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questiona rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alie parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venli e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazionc, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesirna questione".

1 55. ·'Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os 1 itigantes formar ideia sobre o provável 96

ÜEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia156• Como cabe ao magistrado a investigação oficial de algumas questões (como, p. ex., os pressupostos processuais e as condições da ação, ex vi do § 3º do art.

267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado "descubra" a falta de w11 requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção.

O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo157.

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.

"Assim, por exemplo, o tribtmal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indetem1inado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro" 158•

desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 1 39 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado Hinweispflicht, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 1 39, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". Temas de direito processual - 8". série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201 -202.) 1 56. GRASSO,

Eduardo. "La collaborazione nel processo civile". Rivis1a di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1 966, n. 4, p. 591 -592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Revis/a de Direi/o Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contrnditório". Ca11sa de pedir e pedido no processo civil (questões polémicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tt1cci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. Processo j11risdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-23 1

157. SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo cível. 2" ed., cit., p. 66. Assim, também, GR.ASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

158. SOUSA, Miguel Teix.eira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2' cd., cil., p. 66.

FREDLE DIDIER JR.

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito159• Não cumprindo o autor a diligência que U1e fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).

Note, enfim, que há o princípio da cooperação, que se destina a transformar o

processo em uma "comunidade de trabalho" (Arbeitsgemeinschaft, comunione dei lavoro) "e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados"160, e há as regras de cooperação, que concretizam esse princípio (como, p. ex., a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível).

5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

5.1. Proteção da confiança e segurança jurídica.

O princípio da proteção da confiança é um subprincípio do princípio da segurança jurídica161• O princípio da proteção da confiança é a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança j urídica. O fundamento de ambos é o Estado de Direito162• Como não há na Constituição texto expresso nesse sentido, afinna-se que se trata de princípio constitucional que decorre do §2° do art. 5° da CF/88.

O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face pmticular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre os conceitos, que se faz, ainda mais, evidente ao se considerar que o conceito contemporâneo ele interesse público não pode estar dissociado do de interesse privaclo163.

O princípio da proteção da confiança impõe que se tutele a confiança de um determinado sujeito, concretizando-se, com isso, o princípio da segurança jurídica.

Como ensina HUMBERTO Áv1LA, tutela-se a situação de confiança cio sujeito que exerce a sua liberdade por confiar na validade (ou aparência de validade) de um conhecido 1 59. GRASS!, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

160. SOUSA, M iguel Teixeira de. Es111dos sobre o novo processo civil. 2ª ed., cit., p. 62.

1 6 1 . SILVA, Almiro do Couto e. "O princ ípio da segurança jurídica (pro1eção à confiança) no direi10 público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios aios adminis1ra1ivos: o prazo decadencíal do art. 54 da Lei do Processo Adminis1rativo da União (lei nº 9. 78411999) ". Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n.2, 2005. Disponível em:

«http://www.direitodoestado.eom.br/revistaeletrooica-de-direito-do-estad0>>. Acesso em 2 1 de maio de 201 2. Neste sealido, também, ARAÚJO, Valter Shueoquener de. O princípio da proteção da confiança Uma Nova Forma de Tutela do Cidadela Diante do Estado. Rio de Janeiro: lmpetus, 201 O, p. 55-57; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 28 1 , com amplas referências.

162. STF, 2° T., rei. M in. Gilmar Ferreira Mendes. Questão de Ordem na Petição (MC) n. 2.900-RS, j. em 27.05.2003, publicado no DJU de 0 1 .08.2003, p. 6.

163. Sobre o assunto, SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus in1eresses privados. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen .Juris, 2005.



DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

ato normativo e que, depois, vê frustradas as suas expectativas pela descontinuidade da sua vigência ou seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação, quer por invalidação16'1• Trata-se de um instrumento de proteção de direitos individuais em face do Estado ou de quem exerce poder.

Sobre o âmbito de aplicação do princípio da confiança, acrescenta o autor: "sua extensão engloba também os atos, concluídos ou iniciados, praticados com base em atos normativos que se revestiam de legalidade meramente aparente, ou nem isso, e cuja anulação desde o início causaria frustração da expectativa individual sobre eles lançada"165.

É possível relacionar, também, o princípio da proteção da confiança com o princípio da boa-fé - a proteção da confiança seria também um subprincípio, neste caso.

5.2. Pressupostos para a proteção da confiança

Ainda segundo as lições de HUMBERTO Áv1LA, o princípio da proteção da confiança irradia-se de fato j urídico formado pelos seguintes elementos: (1) base da confiança, (2) confiança nessa base; (3) exercício da connança e (4) frustração por ato posterior do Poder Público166.

Os elementos da proteção da confiança referidos por HUMBERTO ÁvlLA aproximam

-se daqueles que aparecem nas lições de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO. Para este Liltimo, a tutela jurídica da confiança pressupõe os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema (seria a "confiança na base"); b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível (seria a própria "base da confiança" no caso); c) investimento da confiança, como o exercício ele atividades jurídicas sob a crença ela confiança ("exercício da confiança"), d) a imputação da situação ele confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante.1<>7

Estas notas cli.stintivas podem existir em menor ou maior grau no caso concreto -

ou mesmo alguma dela pode não se fazer presente, como afirma ANTÔNIO MENEZES

CORDEIR0.168

(l) Primeiro.

A base da confiança "traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in) ação individual". Exige-se a sua "aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e propriedade", independentemente dos seus requisitos de validade.

1 64. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.

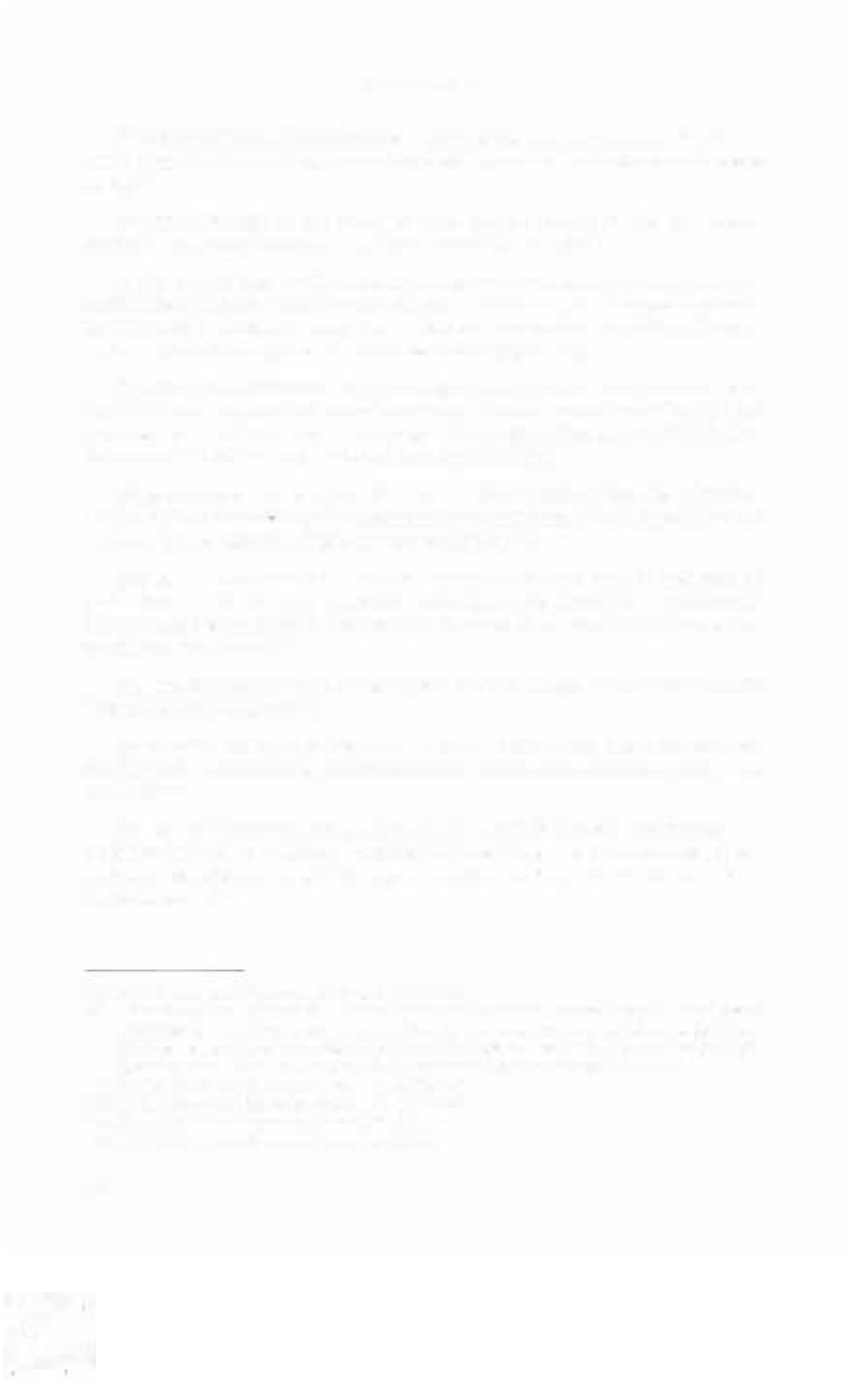
São Paulo: Malheiros Ecl., 201 1, p. 360.

165. ÁVILA, Humberto. Seg11rançaj11rídica, cit., 3 6 1 .

166. ÁVILA, Humberto. Seg11rançaj11rídica, eit., p. 360.

1 67. CORDEIRO, Antônio Menezes. Litigância de má:fé. abuso do direito de acçcio e culpa i11 age11do. Coimbra: Almeclina, 2006, p. 52.

168. CORDEIRO, Antônio Menezes. Da boa-fé no Direito Civil. Almedina: Coimbra, 2007, p. 1248.



FREDIE DIDIER JR.

A base da confiança é o ato normativo - qualquer ato normativo: lei, decisão judicial ou ato administrativo-, que serviu de fundamento para um determinado comportamento do sujeito.

Os atos defeituosos podem configurar-se em base de confiança169. Lei

defeituosa é espécie de ato jurídico defeituoso; decisão judicial defeituosa, idem.

A base de confiança configura-se, na presença em maior ou menor grau, ou até na ausência de alguns deles, dos seguintes critérios - não há necessidade de preenchimento de todos eles; os critérios servem como parâmetros para avaliar a base da confiança e, assim, avaliar se e em que medida a confiança deve ser protegida: (i) grau de vinculatividade: quanto maior for o grau de vinculação do ato normativo, maior deve ser a expectativa do jurisdicionado quanto ao seu cumprimento futuro, já que menor foi o seu poder de escolha e menor foi a repartição de risco na tomada da decisão (exercício de liberdade - sob a orientação do próprio Direito);

(ii) grau de aparência de legitimidade da base: não se analisa o "grau de validade do ato", mas, sim, se o ato teve aptidão para ser objeto da confiança depositada pelos sujeitos (aqui atua a presunção de validade dos atos normativos)17º;

(iii) grau de modificabilidade da base: quanto maior for o grau de pretensão de permanência, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada - não se exige a pem1anência em si do ato, a sua pretensão de permanência, em contraponto aos atos transitórios, por exemplo171;

(iv) grau de eficácia no tempo: maior a proteção da confiança, quanto mais duradoura tiver sido a eficácia da base172;

(v) grau de realização das finalidades da base: "quanto maior o grau de realização das finalidades subjacentes à regra supostamente violada, maior deve ser a proteção da confiança"173;

(vi) grau de indução da base: quanto maior for o grau de indução, incentivo da base, mais deve ser tutelada a confiança, considerando que "há engano do contribuinte, decorrente de deslealdade do Poder Público, que em um dia incentiva, e em outro desconsidera"

(grifos originais)174;

1 69. Á VILA, Humbeno. Seg11ra11çaj11rídica. cil., p. 367-368.

170. 'Tamo o ato estatal lícito quanto o ilícito produzem efeitos concretos que não podem ser simplesmente desconsiderados: aquele que confiou, sem negligência nem culpa, em um ato estatal, em razão do qual dispôs de maneira

intencional e irreversível da sua liberdade e do seu patrimônio, deve ser protegido, pouco importando a ilicitude do ato."' (ÁVILA, Humberto. Seg11rançaj11rídica, cit., p. 381) 1 7 1 . Á VILA, Humberto. Segurança jurídica, cit., p. 381-383.

172. Á VI LA, Humberto. Seg11ra11çaj11rídica, cil., p. 383-385.

173. ÁVILA, Humberto. Seg11ra11çaj11ridica, c1l., p. 385.

174. ÁVILA, Humbeno. Seg11ra11çaj11rídica, cit., p. 386.

(vii) grau de individualidade: quanto maior a proximidade do sujeito com o ato, maior a proteção da confiança'75;

(viii) grau de onerosidade da base: deve-se tutelar a confiança, quanto maior for a onerosidade da base, vale dizer, quanto mais ela crie ônus e despesas ao particular.176

Esses critérios devem ser considerados como elementos tipológicos, vale dizer, "que não são individualmente, nem necessários, nem suficientes, valendo para a sua configuração a visão de conjunto"177. Nas palavras de KARL LARENZ, os tipos distinguem-se dos conceitos justamente por não exigir a presença de todas as suas notas distintivas, sendo relevante, para a sua caracterização, a imagem global no caso concreto178• Tem-se a ideia do sistema móvel, em que a ausência de um ou mais elementos não obsta a configuração da base de confiança.

Haverá base de confiança em sua imagem global, quando houver "mais razões para proteger a confiança do que para não a proteger" 179.

(2) Segundo.

A tutela da confiança exige, obviamente, a confiança na "base da confiança", vale dizer, legítimas expectativas no seu cumprimento (futuro). Exige-se, nesse contexto, o conhecimento da base, demonstrando a relação entre con:fiabilidade e cognoscibilidade do Direito. Não se pode confiar no desconhecido. Quanto mais sólida a imagem global da base confiança, maior a confiança legítima nela depositada'8º.

(3) Terceiro.

É preciso que o sujeito tenha exercido a confiança na base, vale dizer, tenha exercido a sua liberdade sob a orientação do ato normativo e confiando no seu cumprimento futuro. O cidadão deve ter tido determinada atuação em razão da base de confiança181• O

exercício da confiança pode ser também uma conduta negativa. Imagine-se, por exemplo, que determinado ato normativo isenta determinados sujeitos de recolhimento de tributos.

A postura de silêncio dos sujeitos seria exercício da confiança depositada no próprio ato.

(4) Quarto

Se configurada a sih1ação de confiança legítima - decorrente da confiança exercida na base-, tal situação é merecedora de proteção jurídica, razão por que a sua frustração futura 175. ÁVTLA, Humberto. Segurança jurídica, cil., p. 391 -392.

176. ÁVILA, Humberto. Segura11çaj11rídicn, cil., p. 392-393.

177. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, cit., p. 372.

178. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direi/o. 3" ed. Tradução: José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1 997, p. 655 e seq.

179. ÁVILA, Humberto. Seg11rançaj11rídica, cil., p. 372

180. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, cit., p. 397-398.

1 8 1 . Á VI LA, Humberto. Segurança jurídica, cit., p. 398-401 .

N

por nova manifestação estatal é ato ilícito. É nesse sentido que a frustração da confiança é elemento fático da incidência do princípio da proteção da confiança182•

5.3. Princípio da proteção da confiança e o d ireito processual civiJ

Apresentada a visão geral sobre o princípio da proteção da confiança, é preciso esclarecer em que medida ele pode ser considerado um princípio do Direito Processual Civil.

Para tanto, é preciso relembrar uma premissa deste Curso: o processo jurisdicional civil é um meio de produção de normas jurídicas- é meio de exercício de poder normativo.

Pelo processo, o órgão jurisdicional produz a norma jurídica individualizada, que regula o caso concreto que lhe foi submetido, e uma norma jurídica geral, constniída a partir do caso concreto, que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes.

Assim, o processo jurisdicional é um produtor de ato normativo, que pode, como qualquer ato normativo, servir de base da confiança a ser protegida.

Não bastasse isso, não se pode ignorar que a decisão judicial se caracteriza pela aptidão de revestir-se de uma estabilidade muito peculiar: a coisa julgada. Somente decisões judiciais podem tornar-se indiscutíveis pela coisa julgada. Como visto acima, a estabilidade do ato normativo que serve como base da confiança é um dos critérios para a aferição da necessidade de dar a essa confiança a adequada proteção jurídica.

Mas não é só: a decisão jurisdicional qualifica-se também pelo fato de ter sido produzida em contraditório, após processo em que se confere às partes o poder de influenciar no conteúdo da decisão (aspecto substancial do contraditório) e em que são garantidos os direitos próprios ao devido processo legal, como o direito ao recurso.

Tudo isso faz com que a decisão jurisdicional se revele um ato normativo dos mais

"confiáveis".

A relação, portanto, entre o princípio da proteção da confiança e o exercício do poder jurisdicional é evidente.

O princípio da proteção da confiança é um dos princípios que estruturam o Direito Processual Civi/183.

ão é o caso de fazermos uma análise de todas as concretizações do princípio da proteção da confiança no âmbito do Direito Processual Civil. Convém. neste momento.

apresentar uma pequena amostra da importância deste princípio para esse ramo do Direito.

1 82. Á VILA, Humberto. Seg11ra11çaj11rídica, cit., p. 401 -402.

1 83. Já se vem percebeudo isso no Brasil. Há obras de Direito Processual Civil que cuidam do tema: NERY

.IR., Nelson. CA RRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ J R .. Tércio Sampaio. Efeito ex 111111c e as decisões do STJ. São Paulo: Manolc. 2007,passim; \VAMBIER. TcrcsaArrndaAlvim: MEDINA, José Miguel Garcia.

Pane geral e processo de co11'1ecime1110. São Paulo: RT, 2009, v. 1 , p. 47-48: CABRAL, Antonio do Passo.

Coisaj11/gada e precl11sões dinâmicas. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 124, com referências.

Eis alguns exemplos.

a) A proteção da confiança é princípio do qual decorre o dever de o tribunal modular a eficácia da decisão que altera jurisprudência consolidada (o chamado overruling), resguardando as posições jurídicas de quem havia confiado no entendimento que até então prevalecia (sobre o overruling, ver o v. 2 deste Curso).

Há quem entenda , ainda, que o princípio da proteção da confiança impõe o dever de o tribunal de uniformizar a própriajurisprudência184.

b) O princípio da proteção da confiança relaciona-se proximamente com o sistema de invalidades processuais, sobretudo para dificultar a decretação de invalidades ou limitar temporalmente os efeitos da invalidação, preservando alguns efeitos do ato invalidado185•

O tema será examinado no capítulo sobre invalidades processuais, neste volume do Curso.

e) O princípio da proteção da confiança pode servir como fundamento para modulação temporal dos efeitos de uma decisão que quebre ou relativize uma estabilidade jurídica.

Trata-se de corolário desse princípio constitucional, que independe de previsão legislativa que expressamente o autorize186•

É o caso, por exemplo, da restrição da eficácia da decisão que rescinde uma decisão transitada em julgado, desconstituindo a coisa j ulgada187, um dos ícones da estabilidade jurídica - sobre o tema, ver o capítulo sobre ação rescisória, no v. 3 deste Curso.

d) Este princípio pode ser utilizado como fundamento para permitir que o órgão jurisdicional, sempre que tiver de rever a estabilidade de um ato normativo, possa estabelecer uma "j ustiça de transição", com a formulação de regras de transição para minimizar o impacto da quebra da confiança. Seria um poder jurisdicional implícito188, decorrente do princípio da proteção da confiança.

184. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Parte geral e processo de conhecimento.

São Paulo: RT, 2009, v. I , p. 47-48.

1 85. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, cit., p. 539 e segs.

1 86. BARROSO, Luís Roberto. "Mudança da jurisprudência cio Supremo Tribunal Federal cm matéria tributária.

Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais". Revista de Direito do Estado.

Rio de Janeiro: Renovar, 2006, n. 2, p. 267-269; ARAÚJO, Valter Shueoquener de. O princ ípio da proteção da confiança Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Rio de Janeiro: lmpetus, 2010, p. 188-1 92; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, cit., p. 542; CAMPOS, Arthur Sombra Sales. "Mecanismos de protcçilo das expectativas legítimas no caso de rescisão da coisa julgada material". Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 82-86.

187. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, cit., p. 540.

188. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e precl11.1·ões dinâmicas, cit., p. 5 2 1 , com amplas referências.

O autor arremata: "Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um dever decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual". (CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, cit., p. 521.) 103

fREDIE DIDIER JR.

O STF aplicou essa técnica no julgamento do caso da demarcação das terras na reserva indígena Raposa Serra do Sol (STF, pleno, Pet. N. 3388/RR, rei. Min. Carlos Britto, j. em 1 9.03.2009). Foram fixadas dezenove regras de transição neste caso Recomenda-se a leitura dessa decisão.

Essas regras de transição valeriam para o caso concreto que está sendo julgado, exatamente por serem de transição189.

A importância disso revela-se com muita clareza nas decisões em jurisdição constitucional - e o art. 27 da Lei n. 9.868/1 999 corrobora essa assertiva190•

Essa técnica também pode ser utilizada também na mudança de jurisprudência (overruling).

A possibilidade de o órgão jurisdicional instituir essas regras de transição parte da premissa, que é a mesma deste Curso, que a jurisdição é uma atividade criativa, ainda que limitada - o tema será examinado com mais vagar no capítulo sobre jurisdição.

1 89. Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e prec/11sões dinâmicas, cit., p. 520-544.

1 90. Art. 27 da Lei n. 9.868/1 999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO

Sumário • 1 . Conceito e características da jurisdição: 1 . 1 . Conceito; 1 .2. Decisão por terceiro imparcial

- heterocomposição; 1 .3. A jurisdição como manifestação do Poder: a imperatividade e a inevitabi l idade da jurisdição; 1 .4. A jurisdição como atividade criativa; 1 .5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante

um processo; 1 .6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta; 1 .7. Impossibilidade de controle externo ela atividade jurisdicional; 1 .8. Aptidão para a coisa julgada matcrial- 2. Equivalentes jurisdicionais: 2. 1 .

Generalidades; 2.2. Autotutela; 2.3. Autocomposição; 2.4. Julgamento de conAitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional ele conAilos) - 3. Arbitragem -4. Princípios da jurisdição: 4. 1 . Territorialidade; 4.2. l ndelegabilidade; 4.3. lnafastabilidade; 4.4. Juiz natural - 5. A jurisdição voluntária: 5. 1 . Generalidades; 5.2. Classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de Leonardo Greco;5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados; 5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional.

J . CONCEITO E CARACTERÍSTfCAS DA .JURISDIÇÃO

l . 1 . Conceito

Ajurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (t) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Esse conceito é o que parece estar de acordo com as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos. Não é mais possível util izar a noção de j urisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais corno: i} a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas; ii} a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; üi) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais', que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa; iv) a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder J udiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa; v) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica do caso concreto; vi) a evolução do controle de constitucio-1 . A

propósito disso, apontando a necessidade de repensar o direito processual em razão das mudanças decorrentes do advento do chamado "Estado Constitucional", MITIDIERO, Daniel. "Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo". Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 28-30.

105



natidade difuso, que, dentre outra:.. consequências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula cio STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produ7ido pelo Poder Judiciário2•

É preciso, portanto, identificélr quais são os elementos do conceito de jurisdição e, mais do que isso, identificar quai são os seus atributos exclusivos.

Assim, convém examinar caJa um dos elementos que compõem o conceito apresentado.

1 .2. Decisão por terceiro impardal - heterocomposição

(a) A j urisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.

Há, aqui, aquilo que Chiovenda denominou de substitutividade3, para ele a característica que distingue a jurisdição das demais funções estatais. "Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma ativ dade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. ão cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se"4•

Não se adota, porém, a ideia Je Chiovenda de que a jurisdição é a aplicação concreta da vontade da lei, em atividade meramente declaratória. Como será examinado, a jurisdição é, essencialmente, criativa.

2. Muito próximo, afirma Hermes Zanc i Jr: "A jurisprudência assume aí o papel de fonte primária do direito, em razão da fragilização do direito codificado que, no Brasil, já é um dado aferível da legislação'". Como demonstra o autor, exemplificativamente, com a jurisprudência dominante, o efeito vinculante e eficácia erga omnes das decisões em controle de c1mstitucionalidade concentrado e as súmulas vinculantes, cf. ZANETI JR., Hermes. "Processo Constitucio ial: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 267. ,\ ideia central do texto é demonstrar as conexões necessárias entre as opções políticas do Estado, a histÓr'a constitucional brasileira e o perfil do direito processual brasileiro.

Nesse contexto, teoria da argumentação jurídica, teoria da constituição e dos direitos fundamentais, relações entre direito e política e o próprio CJnceito de Estado Democrático de Direito (explorado pelo autor nas páginas 1 1 3 e seguintes) são o pano de fundo para compreender o novo modelo do processo nacional. "O

Estado Democrático de Direito deve lprofundar sua relação com o processo, inst.rumento de sua realização, que só pode atuar no âmbito da 'prc tensão de correção' se visa atender às necessidades desse modelo de Estado nas quatro dimensões dos dir�itos fundamentais que o caracterizam. O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalênc ia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicL ltural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, polit ca e social", Idem, p. 1 16. Nesse quadro, não é o processo que dita as regras para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em juízo. mas os direitos fundamentais que irão conformar o direito processual

(idci< s bem expressadas por Hermes Zancti Jr., parafraseando Jorge Miranda e Carlos Alberto AI varo de Oliveira 1. Para o Conceito de jurisdição, em essência o mesmo aqui esposado, cf. ZANETI JR., Hermes. Pmcesso Co11sti111cional, p. 189.

3. CHIOVENDA, Giuseppe. Principio> de Derecho procesal civil. Jose Casais y Santa ló (trad.). Madrid: Reus, 2000, t. 1 , p. 3 73 e scgs.

4. GRJNOVER, Ada Pellegrini, DIN.t MARC'O, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. Teoria geral do processo. cit., p. 132.

JURISDIÇÃO

Essa aplicação substitutiva deve ser feita por terceiro imparcial. É da essência da atividade j urisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (terceiro, aspecto objetivo) e desinteressado dele (imparcial, aspecto subjetivo). Note que alguém pode ser terceiro em relação ao conflito, mas não ser desinteressado (um filho é terceiro em um conflito do pai contra outra pessoa, mas não é desinteressado). O órgão j ulgador tem de ser terceiro e desinteressado.

Antônio do Passo Cabral propõe o termo impar1ialidade para designar a condição de terceiro do órgão jurisdicional, o aspecto objetivo de ser um estranho àquilo que é discutido. Prefere reservar imparcialidade para a referência a um aspecto subjetivo do juiz, que não deve ter qualquer tipo de interesse na causa. Considera a divisão muito importante para afastar a ideia de que a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional possa interferir em sua imparcialidade. A atribuição de poderes ao órgão jurisdicional se dá exatamente em razão da sua condição de terceiro e não tem, segundo entende, qualquer relação de causa e efeito com eventual parcialidade do julgador. 5

Não se pode confundir neutralidade e imparcialidade. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente; predominar no processo o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (TERÊNCIO, "Homo sum, humani nihil a me alienum puto"). O juiz não deve, porém, ter interesse no litígio, bem como deve tratar as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas ifair hearing, como dizem os americanos): isso é ser imparcial6.

Sucede que a criação de norma individualizada por um terceiro imparcial, embora seja uma característica da j urisdição, não lhe é exclusiva. H á os tribunais administrativos das agências reguladoras, que funcionam como terceiros imparciais, compostos por "juízes administrativos" que se submetem a regras de impedimento e suspeição7, criam normas 5. CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e lmpartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n.149, p.

341 e segs.

6. CAPPELLETII, Mauro. "'Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo presente", cit., p. 18.

7. A propósito, Resolução nº 30 do CADE, de 25 de setembro de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 30.9.2002: "Art. 1° É defeso ao Presidente e aos Conselheiros do CADE exercer suas funções e atribuições dispostas na Lei nº 8.884/94, quando verificada qualquer das hipóteses de

impedimento ou de suspeição de parcialidade respectivamente previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Art. 2º Caso o membro do Plenário que tenha exercido funções na Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça e na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, será defeso o exercício de suas funções e atribuições em processos em que tenha assinado o parecer final. Art. 3° É dever do Presidente e dos Conselheiros cio CADE declararem, de oficio, o impedimento e a suspeição de parcialidade.

Art. 4° O interessado poderá arguir o impedimento ou suspciçao cio Presidente, ou Conselheiros, seguindo o procedimento descrito no § 1 º, inciso IV, do art. 1 3 8 do Código de Processo Civil. Art. 5° Em se tratando de impedimento ou suspeição de parcialidade cio Conselheiro Relator, o processo será redistribuído a outro Conselheiro pelo procedimento comum de sorteio. Parágrafo único. Os atos que tenham sido realizados pelo Relator, enquanto não houver sido proferida sua declaração de impedimento ou suspeição, poderão, 1 07

d
õ

jurídicas individualizadas, substituindo a vontade dos interessados, mas não podem ser designados de órgãos jurisdicionais, exatamente porque as suas decisões não têm aptidão para ficar imutáveis pela coisa julgada material. Do ponto de vista formal, as decisões das agências reguladoras poderiam ser

consideradas jurisdicionais; não o são, porém, exatamente pela falta do atributo excl sivo da jurisdição, que é a aptidão para a coisa julgada: essas decisões administrativas po dem ser revistas pelo Poder Judiciário.

1 .3. A j urisdição como manifestação do Poder: a imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição

(b) Ajurisdição é manifestação de um Poder e, portanto, impõe-se imperativamente, aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional.

Ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função j urisdicional compõe o tripé dos poderes estatais. Enbora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser exerci da por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da função jurisdicional por outros agentes privados, como no caso da arbitragem, mais adiante examinado.

Fala-se, então, em princ ípio da i11evi1abilidade da jurisdição. As partes hão de submeter-se ao quanto decidi o pelo órgão jurisdicional. Tratando-se de emanação do próprio poder estatal, imp e-se a jurisdição por si mesma. A "situação de ambas as partes perante o Estad0-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal".8

Rigorosamente, não se trata de um princ ípio, encarado como nom1a jurídica, mas, sim, de uma característica essencial da jurisdição.

1 .4. A jurisdição como atividade criativa

(c) Ajurisdição é função criati\ a: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.

Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência9.

Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva fundamentadamente, serem aproveitada> em caso de vício sanável. Art.

6°. Aplicam-se também os motivos de impedimento ou suspeição aos membros da Procuradoria do CADE, inclusive ao Procurador-Geral". Sobre o tema, PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". Revis/a Dialélica de Direito í'rocessual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 37-38; NERY Jr., Nelson. "Impedimento e suspeição de ooselheiro do Cade no processo administrativo da concorrência".

Revis la de Processo. São Paulo: RT, 2000, n. 100.

8. GRlNOVER, Ada Pellegrini, DINANL\RCO, Cândido e CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra. Teoria Geral do processo, cit., p. 1 39.

9. CAMPILONGO, Celso. Política. sislema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.

165, com base em pensamento de Parst os.

JURISDIÇÃO

(geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam fonnular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente[10]. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto

delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo - se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta11. Niklas Luhmann dá-nos o exemplo dos "hard cases", situações em que os textos j urídicos existentes, aplicados de maneira puramente dedutiva, não apresentam soluções claras; assim, para a solução de tais casos, não basta o conhecimento do Direito vigente. Não obstante essa circunstância, os tribunais devem decidir - e decidem ("si no se encuentra e/ derecho, hay que inventario ".)'2.

É como lembra Pontes de Miranda, para quem o princípio de que o juiz está sujeito à lei é "algo de 'guia de viajantes', de itinerário, que muito serve, porém não sempre.

Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de tisica, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra 'lei' substitui a que lá devera estar - 'direito' - já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instn1mento da realização dele. Esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a ' letra'

legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e - como a lei e a jurisdição servem à sociedade - absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, se coincidissem com o papel escrito"13•

É preciso desenvolver um pouco mais o tema.

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas j urídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a fonnulação dessa nonnajurídica 10. LlJHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistemajurldico"., cit., p. 1 62-163.

1 1 . Explica Luhmann: "Si no existe una alternativa, la decisión dei ll'ibunal ya

fue anticipada por el legislador o por la conclusión dei contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ning1ma decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más dccisiones." (E/ derecho de la sociedad. México: Universidad lberoamericana, 2002, p. 3 70, nota 2 1).

12. LUHMANN, Niklas. E/ derecho de la sociedad. México: Universidad lberoamericana, 2002, p. 379.

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado da açcio rescisória. Campinas: Bookseller, 1 998, p.

274-275.



individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura muito mais ativa do juiz, c umprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em con formidade com as disposições e normas const tucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judie ai, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à nomia geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação confom1e a Constituição, sobre ela exercen

o controle de constitucionalidade se for necessário,

bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais14•

Quando o juiz dá urna inte1prl'lação à lei conforme à Constituição ou a reputa inconstitucional, ele cria uma normajw ídica para justificar a sua decisão. A expressão "norma jurídica" aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da inte1pretação do texto da lei e do controle de constituciona idade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Const�tuição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos ftmdamentais. Nesse sentido, o j ulgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa patte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na fundamentação cio julgado compõe o que se chama de ratio decidendi, as raz'es de decidir, tema examinado no v. 2 deste Curso, no capítulo sobre a teoria do precedente judicial. Trata-se de "norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto"15, que, por indução, pode passar a funcionar e orno regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. "Ou seja, há '1ecessidade de distinguir a cristalização da i.nterpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é volta a especificamente à regulação de um caso concreto"16.

Assim, de acordo com a lição de Luiz GUILHERME MARJNONt, "se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora 14. MARINONl, Luiz Guilherme. Curs J de processo civil: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, v.

1, p. 90-97.

1 5. MARINONl, Luiz Guilherme. Curs'J de processo civil: teoria geral do processo, cit., v. l , p. 97.

16.

1, Luiz Guilhcnne. Curso de processo civil: teoria geral do processo, cit., v. 1, p. 97.

1 1 0



ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto" 17•

Essa noção é indispensável para compreender a "súmula vinculante", a repercussão geral no recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B, CPC), a súmula impeditiva de recursos (art. 5 1 8, § 1 º, CPC), a possibi !idade de julgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), temas que serão abordados em outro momento deste curso.

Há casos, ainda, em que o enunciado normativo é composto por termos de conteúdo indeterminado ou vago. Nesses casos, caberá ao magistrado, diante de uma situação concreta, definir a extensão e o conteúdo destes elementos da hipótese normativa. É

o que acontece com os enunciados normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados.

É como afirma Humberto Ávila, reforçando o papel criativo do órgão jurisdicional:

"É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação ele que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto"18•

A criatividade judicial pode, ainda, ser justificada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (examinado mais adiante), que proíbe a recusa da prestação jurisdicional (Verbot der Justizve1·weigerung). no Brasil positivado no inciso XXXV do art.

5º da Constituição Federal. "A não-decisão não é perrnitida"19• Segundo

Luhmann, foi o reconhecimento desta função específica dos tribunais que fez com que eles se l ibertassem da influência imperial da política20. A definição do papel dos tribunais no sistema jurídico deve partir dessa premissa: todo problema que lhe for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma resposta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

1 7. MAIUNONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo, cit., v. l, p. 99.

1 8. ÁVJLA, H umberto. Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípiosjuridicos. 5' ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 34.

19. LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". Revista da AJURJS. Pono A legre: AJURJS, 1 990, n. 49, p. 1 60.

20. LUHMANN, Niklas. EI derecho de la sociedad. México: Universidad lberoamericana, 2002, p. 373.



Exatamente em razão dessa universalização do sistema jurídico, que não pode antecipar quais são as pendências que necessariamente deverão ser resolvidas, pois vedada a não-apresentação de resposta pelo Poder Judiciário, é possível constatar que esse mesmo sistema, embora operativamente fechado (vez que as comunicações que nele se operam se reproduzem de acordo com o código que lhe é próprio: lícito/

ilícito), é cognitivamente abero ao mundo, que é contingente, desde que a comunicação que lhe chegue (inpw) st>ja transformada no código específico da

comunicação nonnativa. Eis um dos principais paradoxos construídos por Luhmann: "a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do 'fechamento'"21• Porque não se pode deixar de decidir. não se pode deixar de ficar aberto àquilo que ainda não foi regrado legislativamerte - foi o que aconteceu durante muito tempo com as relações concubinárias e é o qt e acontece atualmente com as relações homoafetivas, que, não obstante não reguladas expressamente. não deixam de ser solucionadas pelo judiciário. Foi, também, .J que aconteceu com os rumorosos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribun; 1 Federal sobre a fidelidade partidária (MS 26.603, rei. Mio. Celso de Mello, j. e n 04. 1 0.2007) e o direi/o de greve dos funcionários públicos (MI 670, rei. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes,j. em 25. 1 0.2007), em que, a despeito do silêncio legisla! vo, foi "criada" a norma geral que cuidava daquelas situações concretas a ele subr1eridas.

Essa criatividade judicial tam ém é bem visível na Justiça do Trabalho, quando os tribunais trabalhistas são chanados a decidir dissídios coletivos, após frustradas as tentativas de negociação extrajudicial, criando a regra geral a ser aplicada a toda categoria profissional.

Arremata Niklas Luhmann, em momento de rara clareza (que por isso mesmo merece transcrição literal): · Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (Gerich1sbarkeil) como o paradoxo da transfonnação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem 'lacunas no Direito'. Somente por isrn a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E soment< por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todo· os problemas formulados no esquema 'Direito ou não-direi to '"22•

Perceba, então, que a criativiJade jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra juríd ica do caso concret (extrnível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão).

Como já visto no capítulo int-odutório deste Curso, processo pode ser compreendido como um modo de produção de 1omrn jurídica. O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio Je produção de norma jurídica. Sucede que ele não produz apenas a nonnaj urídica do caso

concreto, como se costumava imaginar. O processo 2 1 . LUHMANN, Niklas. "A posição do: tribunais no sistema jurídico"., cit., p. 1 6 1 .

22. LUHMANN, Niklas. " A posição do: tribunais n o sistema jurídico"., cit., p . 163.

1 1 2

jurisdicional também serve como modo de produção da nonna jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes. O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial.

Note, ainda, que a criatividade jurisdicional opera-se a partir de dois limites. O órgão julgador limita-se, por um lado, pelos enunciados normativos do direito objetivo (Constituição, leis, regulamentos etc.) e, por outro, pelo caso concreto que lhe foi submetido.

Não pode ir além do caso - decidir fora do que foi pedido - nem decidir fora do direito objetivo - dar uma solução que seja contrária ao direito. Estes são os extremos daquilo que pode ser chamado de "zona ou área da criatividade j urisdicional".

1 .5. Jurisdição como técnica de tutela de direitos mediante um processo (d) A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos. Todas as situações jurídicas (direitos em sentido amplo) merecem proteção jurisdicional. Marcelo Lima Guerra afirma que a jurisdição civil tem a função específica de proteger direitos subjetivos (art. 5, XXXY, CF/88)23. É preciso fazer uma pequena correção ou esclarecimento: "direito subjetivo" deve ser compreendido como sinônimo de situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas, sem exceção.

A tutela dos direitos dá-se ou pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória). A tutel.a j urisdicional dos direitos ainda pode ocorrer pela integra

ção da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na jurisdição voluntária, adiante examinada.

O exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal e seus corolários. Todo Poder exerce-se processualmente.

1.6. A jurisdição sempre atua em uma situação jurídica concreta (e) É preciso perceber que a jurisdição sempre atua em uma situação concreta, um determinado problema que é levado à apreciação do órgão jurisdicional. A

atuação jurisdicional é sempre tópico. O raciocínio do órgão jurisdicional é sempre problemático: ele é chamado a resolver um problema concreto.

Mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, há uma situação concreta, embora não relacionada a qualquer direito individual, submetida à apreciação 23. GUERRA, Marcelo Lima. Direilosfimdame11/ais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 32-35.

1 1 3





do Supremo Tribunal Federal, eri que se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algum específico ato llormativo.

A atividade legislativa, por e emplo, cuida de situações abstratas. Como ensina Mauro Cappelletti, "aquilo que distingu o processo jurisdicional daquele legislativo, e que faz com que a criação do Direito po1 obra dos Juízes permaneça bem distinta da legislação, não é, portanto, uma função abusiva de não criatividade mas, isto sim, uma particular modalidade daquele processo que se traduz na conexão da função judiciária com cases and controversies .. . " 24•

É corno afimrn Camelurti: "A legislação é uma produção do direito sub specie normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, 1ninistra direito para cada caso singular; ousarei dizer, não trabalha para armazenar. mas por encomenda, sob medida" 25.

Essa situação concreta pode ser um conflito de interesses (lide), uma situação de ameaça de lesão a diJeitos (em que se requer uma tutela inbitória), situações jurídicas relacionadas exclusivamente a um indivíduo (pedidos de naturalização ou alteração de nome, por exemplo), enfim; não :e pode restringir a j urisdição a um tipo de situação concreta, corno a lide. Essa premissa é importante para

compreender a natureza j urisdicional da jurisdição voluntária, examin 1da mais à frente.

1 .7. I mpossibilidade de controll• externo da atividade j urisdicional (f) A função jurisdicional tem por característica marcante produzir a última decisão sobre a situação concreta deduzi a em juízo: aplica-se o Direito a essa situação, sem que se possa submeter essa decisão ao controle de nenhum outro poder. A jurisdição somente é controlada pela própria j urisdição. A jurisdição, como se sabe, colltrola a função legislativa (controle de constitucional dade e preenchimento de lacunas) e a função administrativa (controle dos atos admini!.trativos), mas não é controlada por nenhum dos outros poderes. À jurisdição cabe dar a última palavra, a solução final ao problema apresentado.

Daniel Mitidiero percebe o pont : a impossibilidade de controle externo é característica da jurisdição26•

Perceba que, mesmo nos casos de indulto e anistia, no Direito Penal, atos não jurisdicionais, não há violação da coisa julgada. O Estado, nestes casos, titular cio jus puniendi reconhecido por de.::isão judicial, renuncia a esse Direito. Não se decide 24. CAPPELLETil, Mauro. "Reflexões sobre a criatividade Jurisprudencial no Tempo prescme". Processo, ideologias e sociedade. Elício de Cre: ci Sobrinho (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

V. J, p. 1 7-18.

25. CARNELUTII, Franccsco. Teoria geral do direito. Antônio Carlos Ferreira (trad.). São Paulo: LEJUS, 1 999, p. 147.

26. M ITlDTERO, Daniel Francisco. Ele1 1entos para uma teoria contemporânea do processo cívil brasileiro.

Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 83.

novamente a questão penal, não se podendo falar, portanto, em controle externo da decisão judicial.

1 .8. Aptidão para a coisa julgada material

(g) A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada material.

[sso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada material. A coisa julgada material é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em ceitas hipóteses, retire de certas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes tiraria a "jurisdicionalidade". A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência: não se condiciona o

"ser" por algo que, no tempo, lhe é posterior.

De fato, a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade.

Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo.

2. EQU IVALENTES J URISDICIONAIS

2.1. Generalidades

Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos.

São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.

Todas essas formas de solução de conflitos não são definitivas, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

Os principais exemplos são a autotutela, a autocomposição e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos).

A arbitragem não é encarada, neste Curso, como um equivalente jurisdicional. Entende-se que se trata de exercício de j urisdição por autoridade não-estatal. Não é equivalente jurisdicional porque é jurisdição. O tema será desenvolvido mais à frente.

2.2. Autotutela

Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrificio do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O

"juiz da causa " é uma das partes.

"La autodefensa se caracteriza porque uno de los s ujetos en confticto (tratése de persona individual, asociación obrem o patronal, consorcio económico, partido politico oficial, profésion o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el con.fticto pendiente com el 1 1 5



otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través dei proceso' .27

Trata-se de solução vedada. como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados.

É conduta tipificada como cri1J1e: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretamo, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. Como hipótese excepcional, diz N iceto Alcalá-Zamora y Castilho, a autodefesa é um conceito negativo ou por exclusão.28

São exemplos: a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos,29 a guerra etc.

Em qualquer caso, é passível de [illegible]ontrole posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. A111da se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio.

2.3. Autocomposição

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse pr prio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio.

.

É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.

Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: a) Transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e soluci onam o conflito; b) Submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro vo untariamente, abdicando dos seus interesses. Quando feita em juízo, a submissão do auror é denominada de renúncia (art. 269, V, CPC); a do réu é designada como reconhecitrento da procedência do pedido (art. 269, li, CPC).

Há um incremento do prestígio da autocomposição como forma de solução de conflitos.

Basta ver, por exemplo: a) a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa 27. Proceso. a111ocomposició11 y autodef< 11sa. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1 99 1 , p. 50.

28. Proceso. autocomposición y autodef< 11sa. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1991, p. 47.

29. Aulo-executoriedade é um dos atributos do ato administrativo. Consiste na possibilidade que certos atos ensejam de imediata e direta execuçãc pela própria administração, independentemente de ordem judicial.

No direito privado, a exceção é a autoh tela; a execução sem titulo. Aqui, não. É o que os franceses chamam de privi/ege d'action d'office ou priv. /ege du préalab/e. Seria o seguinte desdobramento: exigibilidade (préa/ab/e), pela qual a Administraçã > toma decisões executórias criando a obrigação para o panicular sem necessitar preliminannente ir a juízo; executoriedade (privilégio da ação de ofício), que pennite à Administração executar diretamente a sua decisão pela

força (Dl PlETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 1 7 ed. São Paulo: Atla�. 2004. p. 193-194.).

1 1 6

JURISDIÇÃO

de conciliação; b) o atual inc. [V do art. 125, CPC, que determina ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo; c) os Juizados Especiais, também estruturados para a obtenção da solução autocomposta; d) a

possibilidade de transação penal; e) a inclusão de uma audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário (art. 3 3 1 do CPC), sendo possível, ainda, a inclusão no acordo judicial de matéria estranha ao objeto litigioso (art. 475-N, III, CPC); f) íl possibilidade de homologação do acordo extrajudicial, transformando-o em título executivo judicial (art. 475-N, V, CPC, e art. 57, Lei Federal n. 9.099/ 1 995).

A autocomposição pode ocorrer após negociação dos interessados, com ou sem a participação de terceiros que auxiliem neste processo. Estes terceiros são os mediadores ou conciliadores. Tendo em vista a importância que a mediação e a conciliação têm adquirido ultimamente, este Curso dedica um capítulo inteiro ao tema, mais à frente.

2.4. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos) Há diversos tribunais administrativos que julgam conflitos.

O Tribunal Marítimo é um deles, cujo âmbito de competência abrange, por exemplo, a decisão sobre acidentes de navegação. Note-se que, embora se trate de órgão auxiliar do Poder Judiciário, a Lei Federal n. 2 . 1 80/1954 expressamente menciona que esse Tribunal tem "jurisdição em todo território nacional": "Art. 1 º O Tribunal Marítimo, com

-

jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei".

Não se trata, porém, de órgão jurisdicional: "suas decisões constituem somente elemento de prova em ação judicial, com presunção relativa (iuris tantum) de certeza.

Manifesta-se quanto a responsabilidade técnica por acidentes de navegação".3º É o que está prescrito no art. 1 8 da Lei Federal n. 2. 1 80/1954: "As decisões do Tribunal Marítimo, quanto a matéria técnica referentes aos acidentes e fatos de navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis

de reexame pelo Poder Judiciário".

Confira o art. 1 3, l, da Lei Federal n. 2. 1 8011954: "Art. 13 - Compete ao Tribunal Marítimo: 1 -julgar os acidentes e fatos da navegação: a) definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão; b) indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei;(...)"

30. NERY JR, Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado. 9" ed. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

1 1 7

Registre-se, porém, que o Tribunal Marítimo pode funcionar como juízo arbitral, e, portanto, possuir atribuição j urisdicional, se assim for constituído pelos interessados, em litígios patrimoniais consequentes a acidentes ou fatos da navegação (a1t. 1 6, "f', da Lei Federal n. 2 . 1 80/1 954).

Raciocinio análogo pode se- aplicado às decisões do Tribunal de Contas, que, do mesmo modo, não exerce funçãc jurisdicional, nem mesmo quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 7 1 , 1 1, CF/88). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória.

Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Prova disso está no art. 7 1 , §3°, da Constituição Federal, que afirma que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte a imputação de dt bito ou multa têm eficácia de título executivo extrajudicial. Seguindo um mau vezo comum na linguagem legislativa, a CF/88, ao referir ao Tribunal de Contas da União, determina que ele terá "jurisdição em todo o território nacional". Na verdade, exercerá ele as suas funções administrativas em todo território nacional. Justamente por isso, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Não obstante isso, há procesw perante o Tribunal de Contas, de natureza administrativa, pelo qual questões serão decididas por heterocomposição; e, sendo assim, a cláusula do devido processo legal deve ser observada.31

S ituação semelhante ocorre 1.:om as agências reguladoras.

3 1 . "!. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1° e 2°). O Tribunal de Contas da União - embora não te·1ha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 7 1 , IX, pan determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. li. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato aJministrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que im iõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representa

ção, cio que resultou injunção à autatquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa

sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade.

Os mais elementares corolários da grrantia constitucional do contraditório e ela ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração éo processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori. L irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle cio Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas di;pensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os proct dimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a

'ter ciência da tramitação cios procenos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista cios autos (art. 3º, 11), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente . A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprindo a falta a 1dmissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão". (STF, Pleno, MS n. 23550/DF, rei.

Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 3 1 - 10-2001 . p. 6).

JURISDIÇÃO

As agências reguladoras, entidades autárquicas que cuidam da regulação da atividade econômica, embora entes da administração indireta, possuem, além de outras tipicamente executivas, funções de criar regras jurídicas gerais (poder normativo regulador da atividade econômica) e de compor conflitos de natureza econômica (função reguladorajudicante).

Interessa, agora, essa última função.

A Agência Nacional de Petróleo tem a competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as paites (art. 58, § 1 º, Lei Federal n. 9.47811 997). A Agência Nacional de Energia Elétrica tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoproclutores, bem como entre esses agentes e os consumidores (art. 3° da Lei Federal n. 9.427/1 996).

As agências reguladoras têm o poder de dirimir conflitos. Sucede que essa heterocomposição, embora formalmente bem parecida com a solução jurisdicional, é apenas um equivalente jurisdicional, na medida em que é possível submeter ao .Judiciário o controle das suas decisões, tanto sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial (por ofensa ao devido processo legal substancial, por exemplo, ou ao princípio da isonomia).32

Há quem veja no caso uma função reguladorajudicante, de natureza jurisdicional ou, ao menos, "quase-j urisdicional".33 A decisão da agência reguladora constitui

"hipótese típica de ato administrativo".34 Ao analisar o caráter do CADE de órgão

'quase-judicial', Fábio Ulhoa Coelho não titubeia: "Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natmeza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos admin istrativos".35

O exemplo do CADE também é paradigmático.

32. Sobre o controle judicial das decisões das agências reguladoras de um modo geral, com profundidade e extensão, GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios, cil., p. 247-346. Especificamente cm relação às decisões do CADE, BRLJNA, Sérgio Varela. O poder econômico e a conceituaçcio do abuso em seu exercício. São Paulo: RT, 1997, p. 1 5 1 ; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. !11troclucçio ao direi/o da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1 996, p. 25-26; MENDES, Conrado Hübner. '"Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão .

"

Direito Administrativo Econômico.

Carlos Ari Sundfeld (coord.) São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130- 1 3 1 .

33. Sobre a polêmica, GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1 25-127. Há quem considere essa atividade como jurisdicional, mas reconheça a possibilidade de controle de suas decisões perante o Poder Judiciário (PAULA, Daniel Gioui de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 33).

34. GUERRA, Sérgio. Conlro/ejudicial dos atos regulatórios. cit., p. 143

35. COELHO, Fábio Ulhoa. Direilo antitrusre brasileiro - Comentários à lei 8.884194. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.



Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica cabe, por exemplo, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos pari imposição de sanções administrativas por i nfrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; aprovar os termos do compromis!>o de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral etc. (art. 9° da Lei Federal n. 1 2.529/20 1 1). Essa função

"judicante" é tão marcante que, n art. 4° da Lei Federal n. 1 2.529/20 1 1 , o legislador chega a reputar o CADE uma autarquia 'judicante", com "jurisdição" em todo território nacional.

A decisão de conflito por tJ ibunal administrativo é exemplo de equivalente jurisdicional, pois, embora se trate de solução por heterocomposição dada por um sujeito imparcial diante de uma situacão concreta, faltam-lhe os atributos da aptidão para a coisa julgada material e da nsuscetibilidade de controle externo, indefectíveis da atividade jurisdicional.

3. ARBITRAGEM

É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e "imparcial" (porque não feita pelas partes diretamente) do litigio. É, portanto, heterocomposição. "Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam solu

ções acertadas, de acordo com vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integ�ado pelos interessados".36

Não há qualquer vício de irconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 1 1 4, §§ 1 º e 2°, CF/88).

A arbitragem, no Brasil, e regulamentada pela Lei Federal n. 9.307/96. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3° da Lei . 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissária como o compromisso arbitral. Cláusula compromissória é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstramente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. Compromisso arbitral é o acordo de vontades para 36. CINTRA, Carlos Araújo; DINMlARCO, Cândido Rangel; GR!NOVER, Ada Pellcgrini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2001.

submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável . Para efetivar a cláusula compromissória, costuma ser necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu. No entanto, se a cláusula com promissória for completa (contiver todos os elementos para a instauração imediata da arbitragem), não haverá necessidade de futuro compromisso

arbitral.37

O STF declarou, incidenter tantum, no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 1 2 . 12.2001, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7° e seus parágrafos (efetivação da cláusula compromissória); do artigo 4 1 , das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso Vil, e ao artigo 3 0 1 , inciso IX, cio código de processo civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1 996.

Eis algumas características da arbitragem no direito brasileiro: a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2°, §§ 1 º e 2º): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art. 1 3, Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o status de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 3 1 , Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 3 1 , Larb; art. 475-N, I V CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva; e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Larb).

Discute-se, atualmente, a possibilidade de arbitragem nos contratos administrativos, principalmente naqueles relacionados a atividades econômicas submetidas à regulação estatal (telecomunicações, art. 93, XV, da Lei Federal n. 9.472/ 1 997; exploração de petróleo e gás natural, art. 43, inciso X, da Lei Federal n. 9.47811997) e às parcerias públ ico-privadas.38

37. "Muito embora o legislador brasileiro não tenha revolucionado a terminologia predominante, mudou por completo os conceitos: hoje, no Brasil, pode-se instituir arbitrngem apenas e tão-somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso. O compromisso será mera formalidade se a cláusula com promissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5° da Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se!" (CARMONA, Carlos

Alberto. Arbi1rage111 e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35).

38. Sobre o tema, com amplas referências, TALAMlNI, Eduardo, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (coord.). Arbitragem e poder público. São Paulo: Saraiva, 2010; AMARAL, Paulo Osternack. Arbilragem e Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; OUVE! RA, Gustavo Henrique Justino de.

Mas não é só.

Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, caput. Larb). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, po1 entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anu lação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de "ação rescisória" de sentença irbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § J º, Larb). Note que esta ação rescisória apenas se funda em errar in procedendo, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido.

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada toma-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamen1 e jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada).

Lurz Gu1u-1ERME MAIUNONl ap1 esenta, porém, diversos argumentos contrários à natureza jurisdicional da arbitragem.39

Afirma o autor que a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis. Não parece que essa constatação exclua a nahlfeza ju risdicional da arbitragem. Ao escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu e-xercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (art. 1 1 4, §§ 1 º e 2º, CF/88), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas gara11tias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas

elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Ao prosseguir em sua argumentação, MARJNONI defende que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa devidaml!nte investida na autoridade de juiz, sendo indispensável que tenha prestado concurso público - nos termos do art. 93, 1 da Constituição Federal -, e esse poder é indelegável. Não haveria possibilidade de delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para u 11 árbitro privado. Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., induvidosamente h á órgãos do

"A arbitragem e as parcerias públic.;i-privadas". Disponivel em: http://www.direitodoestado.com/revis ta/

REDAE-2-MAI0-2005-GUSTAV0%20JUSTINO.pdf, consultado em 08.08.2007, às 14h36.

39. MARJNONI, Luiz Guilherme. Teor o Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e segs.

JURISDIÇÃO

Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. ait. 52, I, CF). E não há que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado.

Relembre-se, também, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Min istros de tribunais superiores são, por

exemplo, nomeados pelo Presidente ela República. A investidura do árbitro dá-se pela sua designação no compromisso arbitral. Não há delegação aí. Haveria se o árbitro, uma vez indicado, delegasse a função a outro sujeito ou se o juiz estatal, urna vez provocado, transferisse, sem convenção de arbitragem, o julgamento da causa a um juiz privado.

Diz o processualista paranaense, ainda, que uma das garantias mais importantes do cidadão frente à j urisdição é o princípio do juiz natural, que assegura a independência e imparcialidade dos juízes (art. 95, !, I l , T i l , IV e V, e parágrafo único, CF/88), que devem ter a sua competência pré-definida por lei. Ocorre que também a Lei de Arbitragem assegura um juiz imparcial (art. 2 1 , §2°, Lei Federal 9.307/1 996), o que de resto é garantia constitucional aplicável a qualquer tipo de processo (estatal ou não-estatal). Demais disso, o árbitro deve ser pessoa de confiança de ambas as partes, pré-definido por elas mesmas em ato de natureza normativa e negocial (convenção de arbitragem), o que faz pressupor que será sujeito independente e imparcial. A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem que, como norma j urídica que é, embora negocial, é a "lei prévia"

exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

Um outro argumento contrário à natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de o árbitro não poder executar as suas decisões. A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de j urisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, investe-lhe em competência apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, da execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei Federal n. 7.2 1 0/ 1 984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo não significa que não esteja investido da função jurisdicional.

Falta-lhe, apenas, competência funcional.

Aduz o autor, ainda, que a arbitragem só serve para tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à "classe bastante restrita da população", que pode pagar pelos seus custos, e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem. Parece, contudo, que não é esse um argumento contra a natureza jurisdicional da arbitragem. Trata-se de uma correta análise do panorama brasileiro de utilização

da arbitragem. Não há impedimento que pessoas economicamente menos favorecidas utilizem a arbitragem como técnica de solução dos seus conflitos, tanto que é prevista a possibilidade de sua instituição na Lei de Juizados Especiais (art. 24, Lei n. 9.09911 995).

DANIEL MJTl DIERO afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário ("outra estrutura que não aquela 1 23



que lhe deu origem").40 Assim, como uma das características da jurisdição é, como visto, exatamente a impossibilidade de r evisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional. O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a "outra estrutura"; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade e controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão, como. á acontece com a competência recursai e a competência para processar e julgar ação resci ória de sentença, atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir.

Some-se a tudo isso o fato de que só podem optar pela arbitragem os sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis, que desejem fazê-lo. Trata-se de manifestação de sua autonomia '.Jrivada, direito potestativo fundamental decorrente do direito à liberdade.

É preciso, porém, fazer um alerta: cláusula contratual que imponha arbitragem compulsória em contrato de adesão, pr incipalmente quando as partes contratantes não estão em igualdade de condições no momento de celebração do negócio, é abusiva, podendo, pois, ser invalidada. Nesse sentido é o art. 5 1 ,

VU, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VIl - determinem a utilização compulsória de arbitragem".

4. PRINCÍ PIOS DA JURISDIÇÃO

4. 1 . Territorialidade

Os magistrados só têm autoridade nos limites teITitoriais do seu Estado; ou seja, nos limites do te1Titório da sua jurif.dição. A jurisdição, como manifestação da soberania, exerce-se sempre em um dado território.

É com base neste princípio que surge a necessidade de as autoridades judiciárias cooperarem entre si, cada uma ajudando a outra no exercício da atividade j urisdicional em seu território. Surgem as cartas, como atos de comunicação entre órgãos jurisdicionais: a maior parte dos atos de interesse ao processo, que devam ser p raticados fora dos lim.ites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, dependerá da cooperação do juiz do lugar.

Eis as cartas precatórias Uuízes de mesma hierarquia no mesmo país) e rogatórias Uuízes de países diversos), conforme o caso.

O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição em duas hipóteses: aits.

1 07 e 230.

40. MIT!DIERO, Daniel Francisco. Et.·111entos para 111110 teoria co111emporá11ea do processo civil brasileiro.

Porto Alegre: Livraria do Advogadt'. 2005, p. 88.

JURISDIÇÃO

No art. 107, o legislador diz que se o imóvel disputado estiver localizado em mais de uma comarca, a competência do juízo que conhecer da causa se estenderá sobre todo o imóvel, mesmo em relação àquela parte que extrapola os limites territoriais da sua jurisdição.

No art. 230, permite-se a prática de atos de simples comunicação processual (citação e intimação) em comarcas contíguas (limítrofes) ou da mesma região

metropolitana, independentemente de carta precatória.

Não se pode confundir a territorialidade da jurisdição com o lugar onde a decisão irá produzir efeitos. A decisão judicial produzirá efeitos onde tiver de produzi-los: uma decisão brasileira pode produzir efeitos no Japão, basta que se tomem as providências para a sua homologação em território japonês; um divórcio feito em Salvador produzirá efeitos em todo território nacional, pois o casal divorciado não deixa de sê-lo em Lauro de Freitas, comarca contígua a Salvador, nem mesmo em território pernambucano, outro Estado da federação; uma decisão que determine que a União tome determinadas providências em aeropo1tos internacionais produzirá efeitos em todos os aeroportos internacionais do Brasi 1, e não somente naquele que esteja no território do j uiz prol ator da decisão. Enfim, o lugar onde a decisão tem de ser proferida não se confunde com o lugar em que ela deve produzir efeitos. Isso é fundamental para compreender o art. 1 6

da Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/85), estudado no capítulo dedicado à competência coletiva, no v. 4 deste Curso.

4.2. l ndelegabilidade

O exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito. Essa vedação se aplica integralmente no caso de poder decisório: não é possível delegar o poder decisório a outro órgão, o que implicaria derrogação de regra de competência, em violação à garantia do juiz natural. Há, porém, h ipóteses em que se autoriza a delegação de outros poderes judiciais, como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões.

É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de cartas de ordem aos juízes a eles vinculados, solicitando algumas providências (ver, por exemplo, art. 492

do CPC).

Nas cartas precatórias não há delegação, pois sequer há competência (parcela de jurisdição) a ser delegada, pois o juiz, ao pedir a cooperação, simplesmente o faz porque não pode agir, daí porque também não poderia delegar.

Permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais (art. 1

02, !,

"m", CF/88) relacionados à execução dos seus julgados. Essa delegação deve ser feita a j uízes de primeira instância41 e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, 4 1 . DINAMARCO, Cândido Rangel. lnsti111ições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 1 O l ; ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. I 83.



jamais decisóiios.42 "Qualquer incidente do processo executivo que demande julgamento deve, consequentemente, ser subJT1etido à apreciação do tribunal".43 Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e j ulgar originariamente as causas previstas no art. 105, I, da CF/88, que, diversamente do cue ocorre em relação ao STF, não prevê expressamente a competência para a execução de seus julgados, que deve ser considerada como implícita (implied power) sobre co npetência implícita, ver o capítulo deste Curso sobre

-

competência.

O inciso XJ do art. 93 da CF/88 autoriza a delegação da competência do Tribunal Pleno para o órgão especial deste mesmo Tribunal: "Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poder.í ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno". O Tribunal Pleno compõe-se da totalidade dos membros do tribunal, independentemente da antiguidade. Trata-se de delegação oermitida pela Constituição Federal, que "depende de ato dos delegantes, consubstanciado nas normas de criação do órgão da sua competência. Matérias excluídas dessas normas só poderão ser entregues ao órgão especial por delegação específica".44

É preciso lembrar, ainda, a regra do inciso XN do art. 93 da CF/88, que expressamente permite a delegação, a serventuário da justiça, do poder de praticar atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório. Trata-se de regra introduzida no texto constitucional pela Emenda Con.>titucional n. 45/2004, que segue uma tendência que já se anunciava no texto do § 4° do ar . J 62 do CPC: "Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, in ependem de despacho, devendo ser praticados de oficio pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários". O inusitado desta alteração constitucional é a introdução, no texto da Carta Maior, de regra sem

conteúdo constitucional (trata-se de regra, agora, apenas topologicamente constitucional).

Tanto atos jurisdicionais não-decisórios quanto atos administrativos45 podem ser delegados.

42. "Seria absurdo que, cm causa de s ia competência originária, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer < utro tribunal ficasse vinculado a decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudc;se modificá-las se houvesse recurso. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária" (ZAVASCKl, Teori Albino.

Co111e111ários ao Código de Procesw Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 1 2 1).

43. ZAVASCKI, Teori Albino. Comen árias ao Código de Processo Civil. v. 8, cit., p. 1 2 1 . A propósito, o art.

343 do RISTF e art. 304 do RISTJ

44. BERMUDES, Sérgio. A reforma d 1 Judiciário pela Emenda Co11s1i111cio11al 11. 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34.

45. Maria Lúcia L. C. de Medeiros entende que o inciso não autoriza a delegação de poder de policia (a presidência de uma audiência ele instJ ução, p. ex.): "Quer-nos parecer que a menção a aros de adminisrração apenas reforça a ideia contida na n gra, que é a ele retirar do juiz a larefa de realizar atividades burocráticas, quase que automáticas, de impul�o do processo. Desafoga-se o juiz, afastando dele essa incumbência e 1 26

JURISDIÇÃO

São exemplos de atos que podem ser delegados: intimação obrigatória do Ministério Público, vista de documentos à parte adversária a que os j untou etc.

4.3. I nafastabilidade

Prescreve o inciso XXXV do art. 5° da Constituição Federal do Brasil: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de

ação, de acesso ao Poder Judiciário, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever - que é do Estado: prestar a j urisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

O direito de ação é um complexo de situações j urídicas. Não se trata de direito de conteúdo eficacial único. O direito de ação contém o direito de provocar o Judiciário, o direito de escoLher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso, por exemplo. O tema será examinado, em item específico, no capítulo sobre a Teoria da Ação.

Quando a Constituição refere à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação jurisdicional quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de ação é o direito à decisão judicial tout court.

Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo - impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional -, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, "se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá" excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.46 A arbitragem não é uma exceção à nom1a: é que, neste caso, o problema não deixa de ser submetido à jurisdição. A diferença é que o órgão jurisdicional não é estatal: trata-se de órgão julgador escolhido pelos l itigantes, no exercício do poder de autorregramento da vontade.

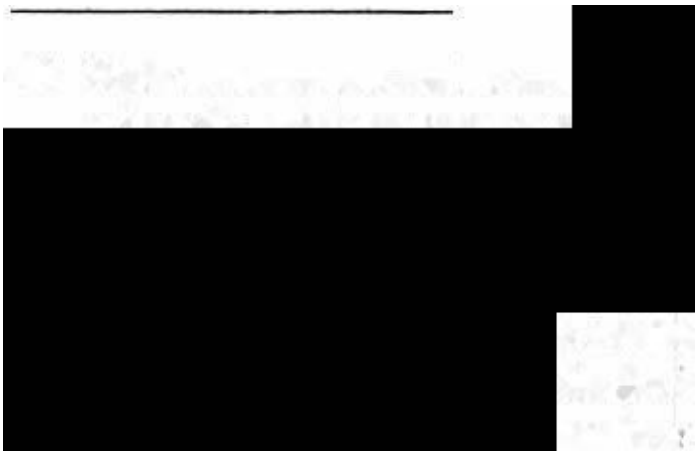
A Constituição é, ainda, peremptória:47 não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário - ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas, permitindo que melhor desempenhe as atividades jurisdicionais. Paralelamente a isso, aproveita-se mais o trabalho dos auxiliares da Justiça, comprometendo-os também na tarefa de proporcionar a todos uma atividade jurisdicional mais eficiente". ("O inciso XI V do arl. 93 da CF". Reforma do Judiciário -primeiras reflexões sobre a Emenda Cons1it11cional n. 4512004. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: R1 2005, p. 492.

46. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício), p. 73, apud MARJNONI, Luiz Guilhenne. Novas Linhas do Processo Civil. Malheiros: 1 999, p. 202.

47. Sobre as exceções a este princípio, encontradas ao longo da experiência republicana, WATANABE, Kazuo.

Controlej11risdicional (principio da inafc1stabilidade do controle jurisdicional no sistemajurídico brasileiro) e mandado de segurança co111ra atos judiciais. São Paulo: RT, 1 980, p. 39-4 l .

e



como a do processamento e julg amento de certas autoridades em certas hipóteses (art.

52, l e I I, CF/88)48. Houve época em que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação de atos administrativos baseados nos Atos Institucionais do Golpe M i l itar de 1 964. Esta proibição surgiu a partir de emendas constitucionais manifestamente inconstitucionais, porquanto não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), valor superior estruturante do Poder Constituinte. O Ato Institucional n. 0511 968

estipulou, em seu art. 1 1 , esta exclusão. Embora este dispositivo violasse frontalmente a Constituição de 1 967 (art. 1 50, §4°), pela Emenda Constitucional 01169 - para alguns, outra Constituição -, o AI 05 foi constitucionalizado, pois seus arts. 1 8 1 e 1 82 detenninavam que se excluíssem da apr ciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 1 964.

Questão controvertida diz respeito à possibilidade de o legislador condicionar a provocação jurisdicional ao esgotamento prévio da discussão em âmbito administrativo.

Em relação às questões desportivas, há regra expressa no texto constitucional que resolve o problema: as questões desportivas devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário.49

A Constituição anterior pemitia que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instáncias administrativas antes do ingresso no Judiciário - art.

1 53, §4º, da CF/67, que funcion<lva como uma espécie de condição de procedibilidade.50

A CF/88 não repetiu a ressalva.

Sucede que há diversas leis que ainda exigem, em algumas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia . rntes da provocação do Poder Judiciário (por exemplo: art. 7º, § 1 º, Lei n. 1 1 .4 1 7/2006; art. 8°, par. ún., Lei n. 9.50711997). Fica a dúvida: essas leis são constitucionais? É constitucional criar uma restrição como esta ao exercício do direito de ação?

A resposta não é simples. DiJ eitos fundamentais podem sofrer restrições por determina

ção legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificação razoável . No caso, em juízo a priori, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como ultima ratio para a solução do conflito. Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode 48. Note que, mesmo nestes casos, não há afastamento da apreciação jurisdicional. A diferença é que, no caso, o Senado, atipicamente, exerce função jurisdicional, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

49. Art. 2 1 7, § 1 °, da CF/88: "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às compelições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei."

50. Art. 1 53, §4º, da CF/67, com a redação da EC o. 0711977: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativa;, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido."

esperar a solução administrativa da controvérsia - há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se, assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador.

Examinado o problema da jurisdição condicionada, podemos ir adiante.

Nosso sistema jurídico adota a j urisdição una.5' Diferentemente do que ocorre em França, por exemplo, não há uma jurisdição administrativa para o conhecimento de causas originárias de atos da administração. No Brasil, a j urisdição pode conhecer de qualquer espécie de problema jurídico.

O ordenamento constitucional anterior falava apenas em proteção a direito individual. Não há mais esta limitação, pois a própria Constituição de 1 988 consagrou, em diversos dispositivos, a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito). Com inclusão da tutela jurisdicional da ameaça - inexistente na ordem anterior, constitucionalizou-se a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de tutela fundada em cognição sumária. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva.

Interessante questão, que deriva desta inovação constitucional, diz respeito às leis que proíbem ou limitam a concessão de medidas de urgência - notadamente em face do Poder Público (Leis Federais nº" 4.348/64, 5.02 1 /66, 8.437/92 e 9.494/97). N o j ulgamento da medida cautelar na ADIN 223-DF (o inteiro teor deste acórdão é leitura obrigatória), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucionais tais restrições, o que não impede, contudo, que o magistrado, no caso concreto que lhe for submetido, aprecie a constitucionalidade/razoabilidade da restrição.52 A lei que restringe não é inconstitucional em tese, mas pode revelar-se com o vício supremo quando concretizada. O raciocínio é semelhante ao que foi feio no exame do problema da j urisdição condicionada.

O direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias disso. Não apenas as pessoas naturais, mas também as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (PROCON, p. ex.) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder Judiciário. Todo sujeito de direito tem o 5 1 . Durante a Colônia e o Império, o Brasil esteve filiado ao sistema da jurisdição dúplice, com frequente uso do contencioso administrativo. O sistema da jurisdição una foi implantado com a Constituição de 1 89 1 .

52. Eis excerto do voto d e Sepúlveda Pertence, nesta ADIN: "Assim, creio que a solução estará n o manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso

concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das resu·ições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva".

129



garantias

expresso

direito de ação. Tem o direito de ação todo aquele que tem capacidade de ser parte - sobre a capacidade de ser parte, ver capítulo dedicado aos pressupostos processuais, neste volume do Curso.

O direito de ação é, ainda, qualificado com todos os atributos próprios do devido processo legal - já examinados no capítulo dedicado aos princípios do processo. Assim, o direito de ação não apenas garante a mera provocação do Poder Judiciário. O direito de ação é o direito a uma jurisdição qualificada; direito a uma j urisdição tempestiva, adequada e efetiva.

São estes os principais aspec1 os a serem ressaltados na caracterização da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciftrio. São os elementos necessários para a compreensão de vários problemas que dela decorrem. Por exemplo: a) a possibilidade de controle jurisdicional das decisões administrativas discricionárias, inclusive as proferidas por agências reguladoras (CADE, CVM etc.); b) A inconstitucionalidade da exigência de concil iação prévia para a instaur ação do processo trabalhista (consoante, inclusive, já decidido pelo STF, que concedeu liminar nas ADfN's 2 . 1 39 e 2 . 1 60,j. em 1 3 .05.2009, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D da C LT, no sentido de que a conciliação prévia é uma opçã do reclamante, não uma imposição); c) a inconstitucionalidade da arbitragem compulsória por força de lei (não confundir com a arbitragem convencional permitida - Lei n. 9.307/1 996 , mas não

imposta, pela lei).

-

4.4. Juiz natural

Uma das principais

decorrentes da cláusula do devido processo legal é a do

direito fundamental ao juiz natu1 ai.

Trata-se de garantia fundamental não prevista expressamente, mas que resulta da conjugação de dois dispositivos c onstitucionais: o que proíbe juízo ou tribunal de exceção e o que determina que ninguém será processado senão pela autoridade competente (incisos XXXVTI e LJII do art. 5° da CF/ 8). Trata-se essa garantia de uma conquista modema.53

Explica o conteúdo do princípio Luigi Ferrajoli:

"Ela significa, precisamentl. três coisas diferentes, ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído postfactwn; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e e speciais.

No primeiro sentido,

por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o

princípio designa o direito dJ cidadão a um processo não prejudicado por uma esco

Uia do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par.

1°, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 1 02, par. 1°, da Constituição, mas derrogadl• pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 1 03, como 53. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão - teoria

geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

130

JURISDIÇÃO

também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de

imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos".54

Juiz natural é o juiz devido. À semelhança do que acontece com o devido processo legal e o contraditório, o exame do direito fundamental ao juiz natural tem um aspecto objetivo, formal, e um aspecto substantivo, material.

Fom1almente, juiz natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas. Não é possível a determinação de um juízo post facto ou ad personam. A determinação do juízo competente para a causa deve ser feita por critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos. Tribunal de exceção é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso. Os juízes de exceção são juízes ad hoc e estão vedados.

" . . . a exigência de pré-constih1ição do órgão jurisdicional competente, entendendo

-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor. Só mesmo as modificações de competência através de nornrns regularmente editadas, bem como as substituições previstas em lei, o desaforamento e a prorroga

ção da competência, é que, na oportuna advertência de José Frederico Marques, 'não entram em colisão com a aludida garantia', até porque - complementa - efetivados em regime de estrita legalidade".55

A jurisdição só poderá ser exercida por quem tenha sido regularmente investido nas funções de juiz. Esta investidura pode ocorrer de diversas maneiras: nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado; indicação do Governador; nomeação após concurso público; indicação em convenção de arbitragem etc. Sem ter sido regularmente investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional. Há quem veja nisso a eficácia no1111ativa de um princípio próprio da jurisdição: o chamado princípio da investidura. Bem examinadas as coisas, porém, vê-se que se trata, em verdade, de um conteúdo do princípio do juiz natural: para que possa ser competente, é imprescindível que o ente seja, antes, um órgão jurisdicional.

Substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Não basta o juízo compelente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz.

Ratificando o aspecto s11bs1ancial do princípio do juiz natural, o STF entendeu, em 1 993, que não havia "juiz natural" no Estado de Roraima para julgar ação

54. FERRAJOLI, Luigi. Direi/o e razão - teoria gemi do gara11tis1110 penal. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

55. TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Co11stit11ição de 1 988 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30.



popular em que eram réus todos os desembargadores do Tribunal de Justiça deste Estado, porquanto todos os . uízes de direito que existiam à época (apenas seis) eram recém-empossados e, assim, ainda não haviam adquirido vitaliciedade, não possuindo a independência necessária para conduzir o processo e j ulgar a referida ação popular: "Ora, estando os juízes de 1 ° grau da Justiça de Roraima ainda em estágio probatório, assim sePl a garantia de vitaliciedade, dependentes justamente daqueles que irão julgar - todos os desembargadores são réus na ação popular-, não há, no Estado de Rorai"lla, possibilidade de realização do devido processo legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado este como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso". (STF, Pleno, Rei n. 4 7, rei. Min. Carlos Velloso, j . 1 1 .03 . 1 993, publicado no DJ de 1 6.04. 1 993).

As regras de distribuição servem exatamente para fazer valer a garantia do juiz natural: estabelecem-se critérios prévios, Jbjetivos, gerais e aleatórios para a identificação do juízo que será o responsável pela causa. É por isso que o desrespeito às regras da distribuição por dependência implica incompetência absoluta. Não se desconhecem as tentativas de

"escolha" do juiz, quer com a postulação em períodos de recesso ou em plantões, com a ciência de qual tal juiz será o responsável pela decisão, quer com a burla ao sistema informatizado de distribuição.

Proíbem-se, portanto, o poder de comissão (criação de j uízos extraordinários)56 e o poder de avocação (alteração da'> regras predeterminadas de competência).

Explica a proibição do poder de avocação, Cristiane Catarina de Oliveira Ferreira:

"Apenas a Constituição é que pode atribuir jurisdição, e essa não pode sofrer interferência do executivo ou do legislativo, no sentido de diminuí-la. Consequência é que não é possível deixar .io executivo possibilidade de substituição de juízes ou interferir na atividade jurisdicional dos órgãos judiciários".57

E arremata Luigi Ferrajoh: " . . . o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processo!-. através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejamjudicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só cios órgãos a que eles pertencem".58

Mas não é só.

56. "Polemizando com os abusos da justiça comissariai. os pontos 3, 7, 8 e 9 da Peti1io11 o/ Rights de 1 628, e ainda o an. 3 do !Jill of Riglus de 1 6[illegible]9. reivindicam pela primeira vez a não derrogação da 'justiça ordinária'

e, com isto, a nulidade de qualquer ·comissão' ou 'comissário real' instituído postfac111111, por causa do seu caráter ilegal e pernicioso" (FERR .\JOLI, Luigi. Direi/o e rauio, cit.. p. 472).

57. "Visão atual cio princípio do juiz na ural". Processo e co11stit11ição. Carlos Alberto AI varo de Oliveira (org.).

Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1 04.

58. FERRAJOLI, Luigi. Direito e ra::c o leoria geral do garamismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 474.

JURISDIÇÃO

Não viola o princípio do juiz natural a criação de varas especializadas, as regras de competência determinada por prerrogativa de função, a instituição de Câmaras de Férias em tribunais, porque em todas essas situações as regras são gerais, abstratas e i mpessoais.

"Uma vez respeitada a regra de competência constitucional que define o Tribunal de Justiça como o juiz natural dos Prefeitos Municipais, nas causas de índole penal, nada impede que o Estado-membro - que possui atribuição privativa para

dispor sobre organização judiciária local - venha a prescrever que o julgamento das ações penais originárias seja realizado pelo Pleno do Tribunal de Justiça, ou por qualquer de seus órgãos fracionários". (STF, l .

"

T., AI n. 1 77.3 1 3/MG, rei. Min. Celso de

Mello, j . 23.04. 1 996.)

Antes da EC n. 45, que alterou constitucionalmente o Poder Judiciário, o rui. 1 26 da CF/88 tinha a seguinte redação: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará j uízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias".

Urna interpretação apressada poderia dizer que o aiiigo autorizava o poder de avocação, transferindo ao tribunal a tarefa de "designar" o juiz que j ulgaria as questões agrárias. A redação do artigo foi bastante melhorada com a emenda constitucional, deixando clara a necessidade de respeito à garantia do juiz natural: "Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias".

Fala-se em princípio do promotor natural, j á que a Constihlição refere-se a "autoridade competente".59 Defendemos, na verdade, que a garantia do juiz natural se espraia, inclusive, para o âmbito administrativo: a) em tribunais administrativos, os juízes devem ser determinados com a observância dos critérios aqui apontados; b) em repartições administrativas, as autoridades responsáveis pela decisão de requerimentos também devem ser designadas por critérios objetivos e impessoais.

5. A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

5.1. Generalidades

Também chamada de jurisdição integrativa, a jurisdição voluntária é um daqueles assuntos clássicos da dogmática processual, que acirra os ânimos doutrinários, sobre o qual, depois de tanto tempo, é difícil saber o que de definitivo já se construiu. Já se disse, inclusive, que a j urisdição voluntária nem é jurisdição nem é voluntária.

Por conta disso, adotamos a seguinte metodologia para a exposição do tema: primeiramente, cuidaremos das características gerais da j urisdição voluntária, aceitas com razoável tranquilidade em nível doutrinário; depois, examinaremos, separadamente, os argumentos ela corrente doutrinária que nega à jurisdição voluntária a natureza jurisdicio-59. Sobre o tema, amplamente, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. O princípio do promotor natural. Salvador: Edições JusPODIVM, 2004.

133





permite,

nal; finalmente, trataremos dos argumentos da corrente doutrinária que reputa a jurisdição voluntária atividade tipicamente j urisdicional.

A jurisdição voluntária é uma atividade estatal de integração e fiscalização. Busca-se do Poder Judiciário a integração da vontade, para torná-la apta a produzir determinada situação jurídica. Há certos efeito-; jurídicos decorrentes da vontade humana, que somente podem ser obtidos após a integra1.;ão dessa vontade perante o Estado-juiz, que o faz após a fiscalização dos requisitos lega s para a obtenção do resultado almejado.

"Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela é'ssistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida rivada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de U'Tia relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica".60

Leonardo Greco chega a dizer que o aspecto funcional da jurisdição voluntária é, exatamente, ser uma tutela e statal de interesse privado; "ou seja, a autoridade responsável deve desempenhar a função que a lei lhe atribui em caráter assistencial, ou seja, no interesse dos sujeitos aos quais se dirige o seu ato, não no interesse do Estado, nem no intuito de resolver qualquer litígio".61

Por isso, diz-se que aj urisdicão voluntária não é voluntária: não há opção. Se tais atos da vida privada só podem ser exercidos por meio da j urisdição voluntária, de voluntária ela nada tem. Leonardo Greco lembra, porém, que há situações em que a parte se dirige ao Poder Judiciário para obter uma autorização/aprovação, que não era obrigatória; em outros casos, a lei apenas

não impõe, a intervenção judicial, como nos casos da

notificação judicial; há casos, amda, em que o pedido sequer estava previsto, como na hi pótese de um médico pedir a autorização para realizar cirurgia de emergência em uma Testemunha de Jeová.62 Não há portanto, uma sistematização legal da questão, embora se possa reconhecer que a regra é a da obrigatoriedade.

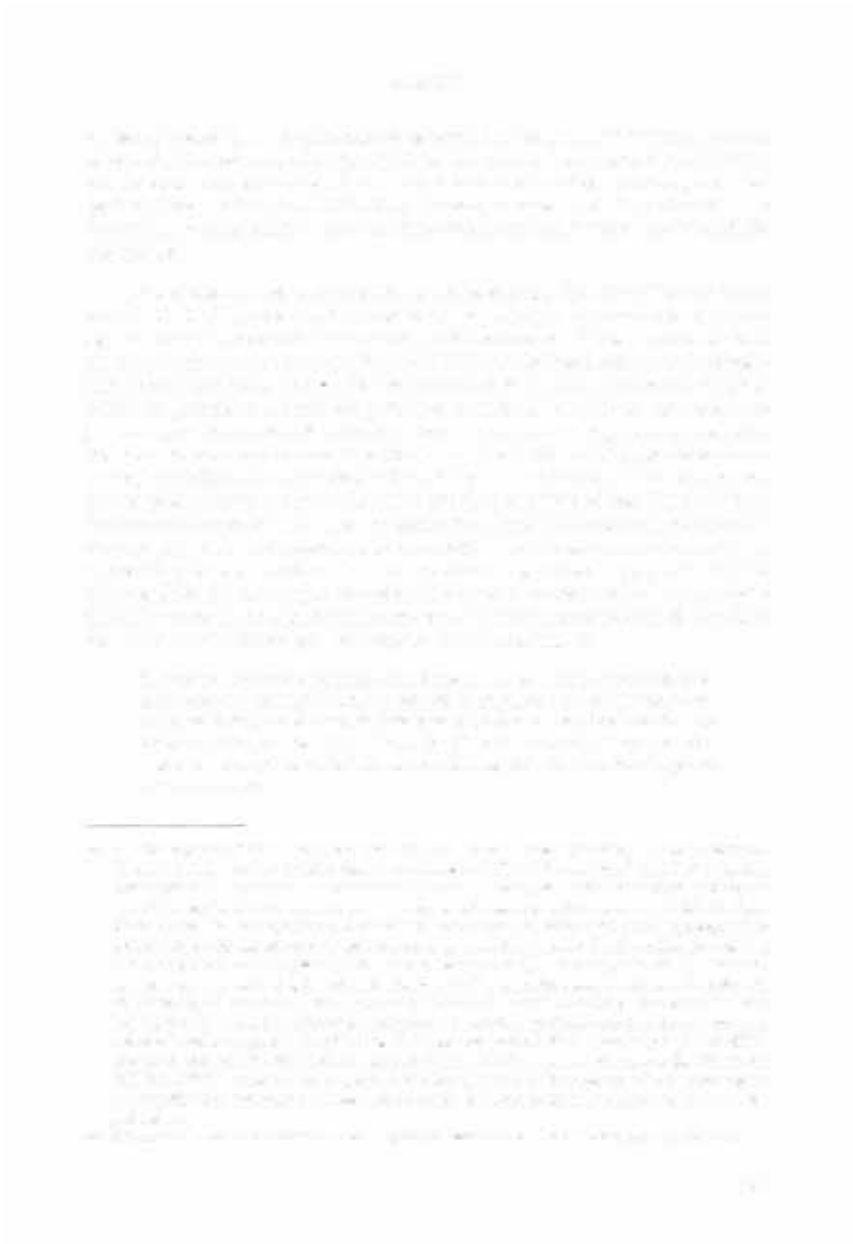
À jurisdição voluntária aplic am-se as garantias fundamentais do processo, necessárias à sobrevivência do Estado de Direito,63 bem como todas as garantias da magistratura, asseguradas constitucionalmente. Em relação aos poderes processuais do magistrado, a doutrina aponta duas caracte1ís1icas da jurisdição voluntária.

a) lnquisitoriedade: doutr nadores defendem que prepondera, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o prircípio inquisitivo, podendo o juiz tomar decisões contra a vontade dos interessados. O orgão jurisdicional, em inúmeras situações, tem a iniciativa do procedimento arts. 1 . 1 '.'9 (exibição de testamento), 1 . 142 (arrecadação de bens 60. G RECO, Leonardo. Jurisdiçcio vo 'untária moderna. São Pau lo: Dialética, 2003, p. 1 1 .

6 1 . G RECO, Leonardo. Jurisdição vo 111111ária modema. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17.

62. O RECO, Leonardo. Jurisdição vo '11111ária moe/ema. São Paulo: Dialética, 2003, p. 1 2. Em relação a esses casos não-previstos, o autor os co11sidera como de jurisdição contenciosa (p. 42).

63. GRECO. Leonardo. Jurisdição vol11ntária modema. São Paulo: Dialética, 2003, p. 3 1 .



de herança jacente), 1 . 1 60 (arrecadação de bens do ausente) e l . 1 7 1 (convocação para retirada de coisa vaga depositada), CPC. Além disso, como se verá adiante, pode o órgão jurisdicional adequar o processo e a sua decisão às

peculiaridades da causa, sem ater

-se à legalidade estrita (art. 1 . 1 09. CPC). De resto, os aspectos de inquisitoriedade do procedimento de jurisdição voluntária não se distinguem do procedimento de jurisdição contenciosa.

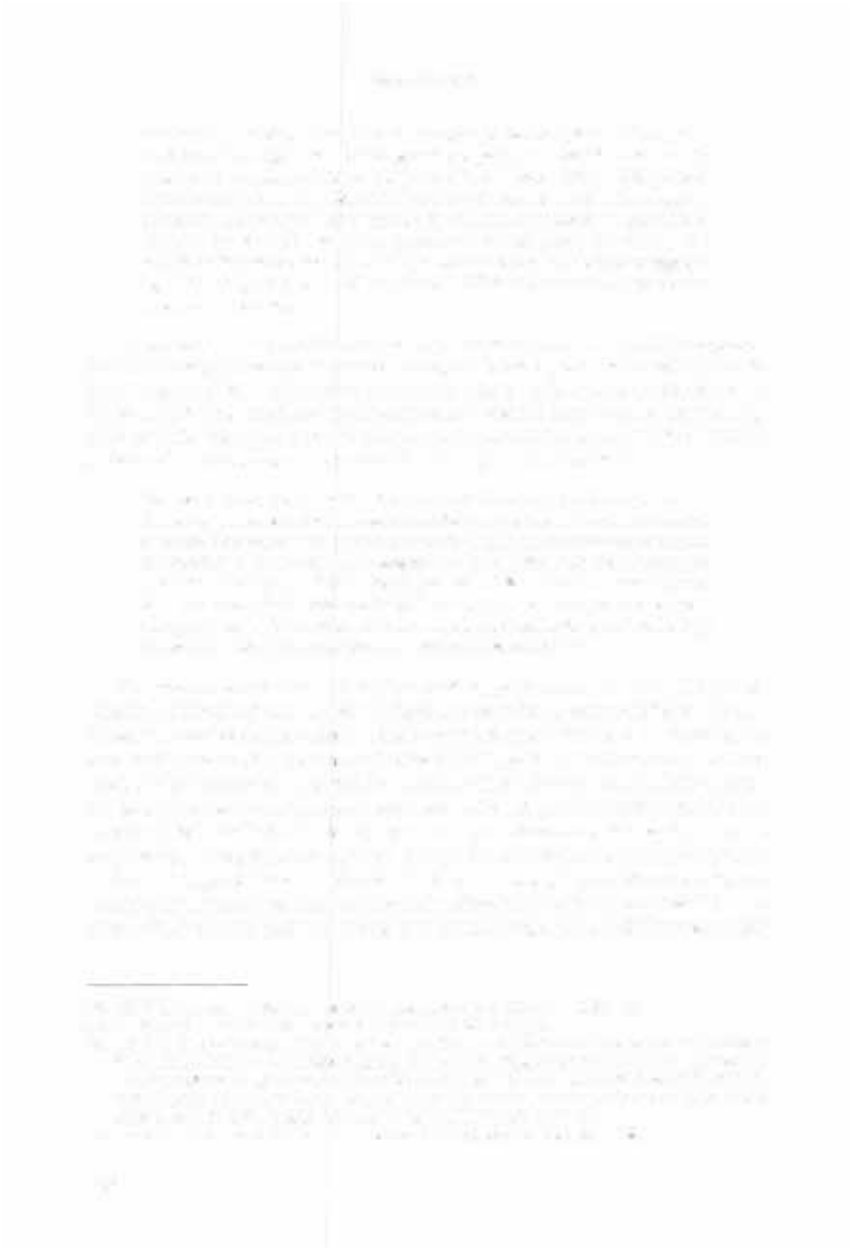
b) Possibilidade de decisão.fundada em equidade (art. l . l 09, CPC). De acordo com o art. 1 . 1 09 do CPC, pode o órgão jurisdicional, na jurisdição voluntária, não observar a legalidade estrita, decidindo de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. A regra é velha (consta do texto originário do CPC/ 1 973) e foi criada para conferir ao órgão jurisdicional uma maior margem de discricionariedade, tanto na condução do processo quanto na prolação da decisão em jurisdição voluntária.64 Permite-se uma espécie de juízo de equidade na jurisdição voluntária. Para a época, era uma regra bem interessante, notadamente porque estava em dissonância com o art. 1 26 do CPC, que determinava ao órgão jurisdicional o dever de decidir com base na legalidade. Atualmente, porém, a regra parece dizer o que já se sabe: que a atividade jurisdicional não é uma atividade de mera reprodução do texto da lei, há criatividade judicial, notadamente por conta da abertura própria dos princípios, espécies normativas muito comuns em nossos dias, e, sobretudo, pelo dever de observância dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, que exigem do órgão jurisdicional a atenção redobrada na produção da justiça do caso concreto. A regra, portanto, é boa e, em certa medida, já anunciava uma metodologia jurídica que, anos depois, veio a consolidar-se.

Como corretamente percebeu FERNANDO ÜAJARDONI, o art. 1 . 109 do CPC estabelece uma regra geral de flexibilização procedimental, permitindo ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento da jurisdição voluntária às peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, a não-realização de determinado ato que, no caso concreto, se revela desnecessário, como o interrogatório do interditando que se encontra em coma.6s

64. Admitindo apenas a discricionariedade na decisão, mas não na condução do processo, STJ, REsp n. 623.047-RJ, rei. Min. Nancy Andrighi: "Não se hesita em aplicar o art. 1 1 09 do CPC nas ações de jurisdição voluntária típicas quando se reputar mais conveniente ou oportuna. Todavia, intangíveis são as regras processuais que cuidam do direito de defesa da parte requerida, especialmente quando se trata de ação de interdição, de caráter indisponível e que privará o interditando da administração da sua vida. Ademais, o disposto no referido

artigo é direcionado a modificação das regras para decidir o processo, isto é, permite, por exemplo, ao juiz julgar com base na equidade, que nada mais é do que a solução mais adequada à situação concreta, mesmo que haja regra legal aplicável à situação. Este é o lirnite da afirmação legal de que o juiz não está vinculado à legalidade estrila. Assim, não se extrai do art. 1 . 109 do CPC autorização para que o juiz deixe de praticar os atos processuais inerentes ao procedimento, máxime quando se tratar daquele que representa o direito de defesa da parle requerida". Nesta linha, com expressa referência a esse julgado, MARINONI, Luiz Guilherme, MlTlDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comemado artigo por arligo. São Paulo: RT, 2008, p. 936. Os autores admitem, porém, a "conformação do formalismo processual" se houver respeito ao contraditório e concordância de todos os interessados com a adequação do processo proposta pelo órgão jurisdicional.

65. GA.JARDONl, Fernando Fonseca. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008, p. 145-147.



Interessante, também, a menção a um exemplo prático de aplicação da regra na decisão em jurisdição voluntária. A guarda compartilhada dos filhos do casal foi recentemente regulamentada no Código Civil (arts. l .583-1 .584 do Código Civil, alterados pela Lei n. l l .698 '2008). Não obstante isso, os magistrados sempre a admitiram, mesmo sem texto expresso de lei, na homologação de

separações/

divórcios consensuais que a contivessem, exatamente porque entendiam ser a solução mais justa do caso concreto. Ajurisprudência antecipou-se à consagração legislativa da guarda compa··ti l.bada. O art. 1 • l 09 do CPC exerceu, no particular, papel muito importante.

Do ponto de vista procedimental, há regras comuns (arts. 1 . 1 03 - 1 . 1 1 1) e especiais (art. 1 . 1 1 3 e segs.). Instaura-se o processo por petição inicial, com atribuição de valor da causa (que, no caso, é estimado pelo autor); as despesas processuais, de acordo com o art. 24 do CPC, são antecipadas pelo requerente e rateadas entre todos os i nteressados; os interessados têm o prazo de dez dias para poder manifestar-se (art. 1 . 1 06 do CPC); o pedido será resolvido por sentença, que é apelável (art. 1 . 1 l O do CPC).

"Na verdade, ence1Tarn-se por sentença os procedimentos cognitivos, que exigem do juiz um provimento declaratório ou constin1tivo. Já os procedimentos meramente receptícios, probatórios ou executivos, que não visam a um provimento declaratório ou constin1tivo, se encerram com o desempenho das atividades que lhes são próprias, não cabendo ao juiz proferir sentença, pois não há fatos a serem acertados, nem direitos a serem declarados u criados. A sentença, nesses casos, não representa a entrega da prestação jurisdicional, mas a simples declaração de que a jurisdição já foi exercida e de que o respectivo procedimento está extinto".66

Em todo procedimento de jurisdição voluntária, por força do art. 1 . 1 05, CPC, o Ministério Público deveria ser intimado. O legislador se utiliza da expressão "citação", unanimemente considerada pela doutrina como imprópria, pois seria o caso de intimação. Há certa controvérsia na doutrina quanto à aplicabilidade genérica deste instituto: entende-se que o Ministério Público somente deve intervir, em procedimento de jurisdição voluntária, se nele houver discussão sobre direito indisponível. Segundo levantamento feito por Antônjo Cláudio da Costa Machado,67 apenas nos procedimentos de alienação, locação e administração de coisa comum e alienação de quinhão em coisa comum não se encontra o caráter da indisponibilidade dos direitos. Nestes casos, sustenta que o Ministério Público não deve intervir, pois não é de seu mister a fiscalização de direitos disponíveis.68 Nelson Nery Jr.69 defende, no entanto, a aplicação irrestrita do dispositivo. O STJ tem entendido 66. GRECO, Leonardo. Jurisdição vo/.mtária moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55.

67. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2003. Art. 1 . 1 05

68. STJ, 4'T., RESP 46770-RJ, DJ de 1 7/03/! 997, p. 7505, rei. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

"PROCESSO CTVIL- PROCEDíll LENTOS ESPECIAIS DE JURJSDIÇÃO VOLUNTÁ RIA. EXTINÇÃO

DE CONDOMINIO PELA VENDA DE COISAS COMUNS. NÃO-OBRIGATORJEDADE DA INTER

VENÇÃO DO !VílNlSTÉRJO PUBLICO. ART. 1 . 1 05, CPC. INTERPRETAÇÃO LÓGlCO-SISTEMÁ TlCA COM O ART. 82, CPC. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO PROVIDO".

69. Intervenção do Ministério Público no Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

com Antônio Cláudio. Há quem entenda que a intervenção do Ministério Público, em tais casos, só ocorreria quando houvesse uma conjugação entre o art. 1 . 1 05 e o art. 82 do CPC. Essa última posição é a que prevalece.

5.2. Classificação dos procedimentos de j urisdição voluntária de Leonardo Greco70

Adotamos a classificação dos procedimentos de jurisdição voluntária de

Leonardo Greco, que é bastante útil para a visualização do problema. O autor divide os procedimentos de jurisdição voluntária em seis espécies:

a) Receptícios: a atividade judicial limita-se a registrar, documentar ou comunicar manifestações de vontade. Ex.: notificações, interpelações e protestos.

b) Probatórios: a atividade judicial limita-se à produção da prova. Ex.: justificação.

Há controvérsia sobre a produção antecipada de prova, se voluntária ou contenciosa.

Greco entende que dependerá do processo principal a que sirva.

c) Declaratórios: o magistrado limita-se a declarar a existência ou inexistência de uma situação jurídica, como nos casos da extinção de usufruto (art. 1 . 1 1 2, VI, do CPC), da posse em nome do nascituro (arts. 877-878 do CPC), na confirmação do testamento particular (arts. 1 . 1 30- 1 . 1 33 do CPC).

d) Constitutivos: são aqueles em que a criação, modificação ou extinção de uma situação j urídica dependem da concorrência da vontade do juiz, por meio de autorizações, homologações, aprovações etc. Exs.: interdição (art. 1 . 1 77- 1 . 1 86, CPC); emancipação (art. 1 . 1 12, 1, CPC); sub-rogação de gravames ou bens inalienáveis (art. 1 . 1 1 2, li, CPC); arrendamento ou oneração de bens de incapazes (art. 1 . 1 12, Ill, CPC); locação de coisa comum (art. 1 . 1 1 2, JV, CPC); alvarás para a venda de bens de incapazes (arts. 39 e l .748 do CC-2002); especial ização da hipoteca legal (art.

1 .205- 1 2 1 0, CPC); dúvidas e retificações de registros públicos (arts. 109, 1 98, 204

e 2 1 3 da LRP); aprovação do estatuto das fundações (arts. 1 .2 0 1 - 1 .202 do CPC); divórcio consensual; homologação de transação sobre questão não posta em juízo (art. 57 da Lei 9.099/95); o arrolamento (arts. 1 .03 1 - 1 .038 do CPC); homologação do penhor legal (arts. 874-876, CPC); opção de nacionalidade (art. 4° da Lei nº 8 1 8, de 1 8.09.1 949) e naturalização (arts. 1 1 O a 120 da Lei nº 6.8 1 5/80).

e) Executórios: o juiz é demandado a exercer uma atividade prática que modifica

o mundo exterior. Exs.: alienação de coisas (arts. 1 . 1 12, 1, IV e V, 1 . 1 1 3- 1 . 1 1 9, CPC); administração de coisa comum (art. 1 . 1 1 2, rv, CPC); arrecadação da herança jacente (arts. 1 . 142- l . 1 58, CPC); arrecadação dos bens dos ausentes (arts. 1 . 1 59- l . 1 69, CPC); coisas vagas (arts. 1 . 1 70- 1 . 1 76, CPC).

1) Tutelares: são aqueles em que a proteção de interesses de determinadas pessoas que se encontram em situação de desamparo, como os incapazes, é confiada diretamente ao Poder Judiciário, que pode instamar os procedimentos ex officio. Exs.: 70. GRECO, Leonardo. Jurisdição voluntária moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27-29.



nomeação ou remoção de lllt res/curadores (ans. 1 . 187- 1 . 1 98 do CPC); exibição de testamento (art. 1 . 1 29 do CPC); procedimentos do ECA.

5.3. A jurisdição voluntária como administração pública de interesses privados
Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a j urisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário.

Síntese deste pensamento é a con.;epção de Frederico Marques71, para quem a jurisdição voluntária seria materialmente administrativa e subjetivamente judiciária. Os ensaios de Frederico Marques e Lopes da Co!>ta são fundamentais para a compreensão desta corrente.

Leonardo Greco informa que, para alguns autores, é possível falar em jurisdição voluntária judicial e jurisdição volu11lária extrajudicial; numa judicial exercida por juízes e em outra exercida prr serventuários da justiça (Alcalá-Zamora, Lopes da Costa e Frederico Marques). Habscheid falava em jurisdição voluntária desempenhada por juízes, notários e por órgãos da Administração.72

O exercício dessas funções por órgãos estranhos ao Poder Judiciário retira o caráter jurisdicional: a) pelo aspecto subjetivo; b) pelo fato de a decisão não ser de última instância, uma vez que, por força do princípio da inafastabi lidade, pode ser submetida ao controle do Poder Judiciário.

Essa construção doutrinária é um tanto tautológica. Partem da premissa de que a

jurisdição voluntária não é jurisdi ção, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, substit11tividade, pois o que acontece é que o magistrado se inse ·e entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessa.dos; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimen o. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão - fundam-se os d utrinadores, ainda, no art. 1 . 1 1 1 do CPC, que afirma:

"A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes".

"Todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios".73

5.4. A jurisdição voluntária como atividade jurisdicional

A segunda corrente é a que rnnfere à jurisdição voluntária a natureza de atividade jurisdicional. Embora ainda mincritária, muito por conta do prestígio da Escola Paulista de Processo, que adota a prime ra concepção, trata-se de linha doutrinária que vem 7 1 . Ensaio sobre a Jurisdiç<io Vo/11111ária 1 ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 65.

72. GRECO, Leonardo. Jurisdiç<io voluntária moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 13.

73. GRECO, Leonardo. Jurisdiç<io voluntária moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.



amealhando adeptos,74 e que tem como belos representantes Calmon de Passos, Ovídio Baptista e Leonardo Greco. Os seus argumentos são contrapontos aos argumentos da outra corrente.

Em primeiro lugar, uma premissa: não se pode dizer que não há lide em j urisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a j urisdição voluntária não

pressupõe lide, a lide não precisa vir afim1ada na petição inicial. Pouco impo11a, por exemplo, que o interditando queira ser interditado - e há inúmeros casos em que é realmente isso o que ele deseja, para a obtenção de beneficies previdenciários. Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação cio Poder Judiciário. É por isso que se impõe a citação dos possíveis interessados, que podem, de fato, não opor qualquer resistência, mas não estão impedidos de fazê-lo. São frequentes os casos em que, em pleno domínio da jurisdição voluntária, surgem verdadeiras questões a demandar juízo do magistrado.

Havendo divergências entre o pai e o menor que queira se emancipar, por exemplo, o juiz haverá de manifestar-se sobre esta controvérsia.

Arremata Leonardo Greco: "Ocorre que a função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Também tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, é função tipicamente jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e impessoalidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários".7s

Em segundo lugar, para Giovanni Verde,76 a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juízes77 -j uízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos j u ízes (órgão investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal. A jurisdição voluntária é, também, inevitável. Tudo isso acontece no âmbito da jurisdição voluntária, e parece que não há qualquer controvérsia neste sentido.

74. Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos Araújo Cintra, expoentes da Escola Paulista de Direito Processual que seguem a corrente ainda majoritária, reconhecem: "Por isso, na doutrina mais moderna, surgem vozes no sentido de afirmar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não há porque restringir à jurisdiç�o contenciosa os conceitos de parte e de processo (mesmo porque este, cm teoria geral, vale até para funções não jurisdicionais e mesmo não-estatais)" (Teoria geral do processo. 20

ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 1 56).

75. GRECO, Leonardo. Jurisdição volunrária moderna, cit., p. 18.

76. Projili dei Processo Civile. 6 ed. Napoli: Jovene Editore, 2001, p. 35.

77. GR.ECO, Leonardo. Jurisdição voluntária moderna, cit., p. 19.





Proto Pisani distingue uma j urisdiçã.o constitucionalmente necessária, que é o seu conteúdo mínimo impost pela garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva de direitos, que corresponde a jurisdição contenciosa; e uma jurisdição constitucionalmente não nece ssária, composta de atividades que a lei atTibui aos juízes, como poderia ter atribuído a outros órgãos do estado ou ao poder privado dos próprios i.nteressados, que seria a jurisdição voluntária.78

Em terceiro lugar, processo é c ategoria que pertence à teoria geral do direito, e consiste no método de que o Direito se vale para produzir normas jurídicas; daí que se pode falar em processo legislativo, administrativo, negocial e jurisdicional. Assim, aqueles que defendem a natureza administrativa da ju sdição voluntária não podem, por coerência, negar a existência de um processo, ainda que processo administrativo. A j urisdição voluntária se exerce por meio das formas processuais (petição inicial; sentença; apelação etc.), além do que não seria razoável defender-se a inexistência de relação jurídica entre os interessados e o juiz. Hão de estar presentes todos os pressupostos processuais.79 É procedimento em contraditório - garantido pela e onstiluição tanto para o processo jurisdicional, como para o administrativo. Este pensamento baseava-se em Constituições passadas, que não garantiam o contraditório nos processos administrativos.

Em quarto lugar, na jurisdiç.10 voluntária o juiz atua para atender interesse privado, como terceiro imparcial. Enquanto a j urisdição voluntária é exercida por autoridade imparcial e desinteressada, a administração age no seu próprio interesse, no interesse do Estado, no interesse da coletivicade como um todo, e não no interesse dos particulares que figuram como destinatários diretos da sua atuação.80

Em quinto lugar, se há processo e jurisdição, há ação, denominada por Pontes de Miranda de ação de jurisdição v luntária. Leonardo Greco admite, inclusive, que se fale de condições da ação de jurisdição voluntária.81

Em sexto lugar, não se pode dizer que não há partes. Não se devem confundir noções de parte em sentido substancial, que é a parte do litígio, com parte em sentido processual, que é o sujeito parcial da relação jurídica processual. A partir do momento em que o processo surge, a situação jurídica dos postulantes e dos interessados se altera, assumindo o status jurídico de parte, com todos os direitos e deveres dela decorrentes. Dizer que porque não há litígio não há partes é desconhecer comezinha distinção dogmática.

Por fim, a questão da coisa j ulgada. A redação do art. l . 1 1 1 do CPC, ao contrário do que se diz comumente, ratifica a existência de coisa j ulgada em jurisdição voluntária, quando afirma que tais decisões somente poderão ser modificadas por fato superveniente. Se nada mudar, a decisão tem de ser respeitada. Toda decisão judicial submete-se 78. GRECO, Leonardo. Jurisdição vo 'unrária modema. cit., p. 25.

79. GRECO, Leonardo. Jurisdição vo1untária moderna, cit., p. 44-45.

80. GRECO, Leonardo. Jurisdição volunlária modema. cit., p. 22.

8 1 . GRECO, Leonardo. Jurisdição volunrária modema. cit., p. 42-44.

à cláusula rebus sic stantibus; são normas concretas criadas para regular determinada situação de fato que, se for alterada, exige a criação de outra norma jurídica concreta.

É até uma questão de bom senso. Pense-se no pedido de alteração de nome, típico caso de jurisdição voluntária: se o juiz negá-lo, poderá o requerente formulá-lo novamente, fundado nas mesmas razões? Obviamente, não. Se há indiscutibilidade, para dentro e para fora do processo, que deve ser respeitada

por todos, há coisa j ulgada - não há outro nome para esse fenômeno.

Há mais argumentos que reforçam a tese de que a decisão em jurisdição voluntária se submete à coisa julgada material.

A homologação de divórcio ou arrolamento (inventário simplificado) consensuais é procedimento de jurisdição voluntária. Esses negócios jurídicos podem ser formalizados extrajudicialmente, após a Lei Federal 1 1 .441 /2007, sem mais a necessidade de interven

ção judicial, desde que não haja interesse de incapaz. Houve quem dissesse que, em razão disso, não haveria mais interesse de agir no ajuizamento do procedimento de jurisdição voluntária, exatamente porque, não sendo atividade jurisdicional, e sim administrativa, e não advindo daí a coisa j ulgada material, ludo o quanto se poderia obter em juízo seria possível obter extrajudicialmente, tornando o processo desnecessário82. O Conselho Nacional de Justiça, porém, decidiu que a via extrajudicial é opcional, permanecendo a homologação judicial como alternaliva lícita83. Qual a razão disso? A homologação judicial confere às partes algo além daquilo que se pode obter pelo procedimento cartorário: a indiscutibil idade da decisão, a coisa julgada. O negócio jurídico é "processualizado" (inserido no processo) e, após a homologação judicial, somente pode ser desconstituído por ação rescisória (art. 485, VI 11, CPC), como reflexo da rescisão da senlença homologatória. Não é razoável dizer que um negócio jurídico formalizado em cartório tem a mesma estabilidade de outro que passou pelo crivo do órgão jurisdicional.

É preciso dar a situações tão díspares consequências jurídicas também diversas. Para compreender a "facultatividade" do procedimento cartorário e a consequente permanência da opção judicial, é preciso superar o dogma da ausência de coisa ju lgada na jurisdição voluntária.

82. É o entendimento, por exemplo, de FARJAS, Cristiano Chaves. O novo procedimento da separação e do divórcio (de acordo com a Lei 11. 11.441/07). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60 e segs; FRANCO, André, CATALAN, Marcos. "Separação e divórcio na esfera extrajudicial - faculdade ou dever das partes?".

Separação. divórcio, Partilhas e inventários extrajudiciais - questiona111e111os sobre a Lei 11.44112007.

Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 46-48.

83. Art. 2° da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007: "Art. 2° É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial". Também neste sentido, CASSETARI, Cristiano. Separação. divórcio e inventário por escritura pública. São Paulo: Método, 2007, p. 24-25; MORAIS, Ezequiel. "O prucedimento extrajudicial previsto nu Lei 1 1 .441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão?". Separação, divórcio. Partilhas e i11ventários extrajudiciais - questionamentos sobre a Lei 11.44112007. Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (coord.). São Paulo: Método, 2007, p. 33-34.



FREDIE D101ER JrL

É possível pedir a homologação de qualquer acordo extrajudicial ao juízo competente. O procedimento para homologação do acordo extrajudicial é de jurisdição voluntária. Uma vez homologado, este acordo torna-se titulo executivo judicial.

Essa possibilidade, que j á estava prevista no art. 57 da Lei dos Juizados

Especiais (9.099/1 995), foi incorporada ao CPC no inciso IV do art. 475-N. O acordo extrajudicial não homologado judicialmente pode ser considerado um título executivo extrajudicial, preenchidos os demais pressupostos do inciso 11 do art. 585 do CPC. Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título judicial não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art.

475-L, CPC, todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico84). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (art. í 45 do CPC). Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido {no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz). Para compreender a diferença de tratamento entre o negócio j11rídico homologado judicialmente e aquele não submetido a essa confirmação, é p1 eciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária.

84. Note que as hipóteses do inciso 1 do art. 475-L e do § lº do mesmo artigo, que se referem a fatos anteriores à formação do titulo executivo, nãc se aplicam à execução de acordo extrajudicial homologado. Trata-se de hipóteses de aplicação restrita à ,alução jurisdicional do conflito.

CAPÍTULO I V

COMPETÊNCIA

Sumário • 1 . Conceito e considerações gerais -2. Distribuição da competência- 3. Princípios da tipicidade e da i ndispon ibi 1 idade da competência - 4. Regra da K 0111pete11zkompetenz - 5. A perpetuação da jurisdição - 6. Competência por distribuição - 7. Classificação da competência: 7. I . Competência do foro (territorial) e competência do juízo; 7.2. Competência originária e derivada; 7.3. Incompetência relativa x Incompetência absoluta- 8. Foros concorrcntes,/on1111

shopping,fomm 11011 conve11ie11s e princípio da competência adequada - 9. Competência constitucional - 1 O. Competência internacional: 1 0. 1 . Considerações gerais; 10.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (arL 88, CPC); 10.3. Competência internacional exclusiva (art. 89, CPC); 10.4.

Competência concorrente e litispcndência (art. 90. CPC) - 1 1 . Métodos para identificar o juizo competente - 12.

Critérios determinativos de distribuição da competência: 12.1. Consideração introdutória; 12.2. Objetivo: em razão da matéria, cm razão da pessoa e em raz:io do valor da causa; 1 2.3. Territorial; 12.4. Funcional: 12.4. 1 .

Generalidades; 1 2.4.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta; 1 2.4.3. A competência funcional pela vinculação do juiz ao processo - o principio da identidade lisica do juiz (art. 132, CPC) - 13. Principais regras de competência territorial - 14. Modificações da competência: 14. 1 . Generalidades; 14.2. Não-oposição da exceção de incompetência; 14.3. Foro de eleição (art. 1 1 1 , CPC): 14.3 . 1 . Generalidades; 1 4.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleição e remessa dos autos ao juízo competente (art. 1 12, par. ún., CPC). Nova hipótese de prorrogação da competência (art. 1 1 4 do CPC); 1 4.4. Conexão e continência: 14.4. 1 . Considerações gerais sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência. Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade; 1 4.4.2. Conexão na instância recursai; 14.4.3. Fonn a de alegação; 14.4.4. Distinção entre a alegação de 111odificaçclo de compeléncia e a alegação de incompetência relativa; 14.4.5.

A conexão em causas coletivas pode importar modificação da competência absoluta; 14.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas, sendo uma de conhecimento e a outra de execução; 1 4.4.7 Conexão por afinidade.

Um novo modelo de conexão para o julgamento de causas repetitivas; 14.5. Prevenção; 14.6. Outras regras de modificação da competência - 15. Conflito de competência: 1 5 . 1 . Conceito; 1 5.2. Legitimidade e participação do Ministério Público; 15.3. Competência; 15.4. Procedimento - 16. Competência da Justiça Federal: 1 6. 1 .

Características; 16.2. Competência dos juízes lcdcrais cm razão da pessoa: 1 6.2.

1 . Causas do art. 1 09, l , CF/88; 16.2.2. Causas do art. 109, 11, CF/88; 16.2.3. Causas do art. 109, Vlll, CF/88; 16.3. Competência funcional: art.

109, X, segunda pari.e; 16.4. Competência da Justiça Federal cm razão da matéria: 1 6.4. 1 . Causas do art. 109, 111, CF/88; 1 6.4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos; 1 6.4.3. Causas do art. 1 09, XI, CF/88 : disputa sobre direitos indígenas; 16.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 1 09, X, fine; 16.5. Competência territorial da Justiça Federal: 16.5.1. Considerações gerais; 16.5.2. CF/88, art. 109, §3°: juízo estadual com competência federal; 16.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 108 da CF/88) ..

1 . CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

A jurisdição, como função estatal para prevenir e compor os conflitos, aplicando o direito ao caso concreto, em última instância, resguardando a ordem jurídica e a paz social, é exercida em todo o território nacional (art. l º, CPC). Por questão de conveniência, especializam-se setores da função jurisdicional.

Distribuem-se as causas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as suas atribuições, que têm seus limites definidos em lei. Limites que lhes pennitem o exercício da jurisdição. A j urisdição é una, porquanto manifestação do poder estatal. Entretanto, para que mais bem seja administrada, há de ser feita por diversos órgãos distintos.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a 143

S

t

N,

jurisdição nos limites estabelecido por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode

exercer a jurisdição. É a medida da j urisdi;:ão.

"Quantidade de jurisdição CUJO exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".1

"Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente ir cumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção ("poderes") necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra".2

2. DISTRIBUIÇÃO D A COMPt:TÊNCIA

A distribuição da competênciJ faz-se por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, além da distribuição interna da competência nos tribunais, feita pelos seus regimen os internos. Nossa Constituição já distribui a competência em todo o Poder Judiciário Federal (STF, STJ e Justiças Federais: Justiça Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal Co'Jlum). A competência da Justiça Estadual é, portanto, residual.

3. PRINCÍ PIOS DA TIPICIDADE E DA INDISPONlBILIDADE DA COMPE

TÊNCIA

Canotilho identifica dois princípios relacionados à distribuição da competência: indisponibilidade e tipicidade. Esses princípios compõem o conteúdo do princípio do juiz natural. O desrespeito a tais pi incípios implica, consequentemente, o desrespeito ao princípio do juiz natural. Eis a liçã do jurista português:

"Daí que: (1) de acordo com e�te último, as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas a! expressamente enumeradas na Constituição; (2) de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diforentes daqueles a quem a Constituição as atribui".3

No entanto, o STF admite que se reconheça a existência de competências implícitas (implied power) :4 quando não houver regra expressa, algum órgão

jurisdicional haverá 1 . LIEBMA Enrico Tulio. Manual de direi/o processual civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 55.

2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direi/o Co11sri111cio11al e Teoria da Constiltlição. 6ed. Lisboa: Almc·

dina, 2002, p. 539.

3. CANOTl LHO, José Joaquim Gomes. Direi lo Co11s1i111cio11al e Teoria da Constir11ição. 6 ed. Lisboa: A lme·

dina, 2002, p. 542-543. O STJ já entend�u que esses princípios foram acolhidos pela Constituição Brasileira (REsp n. 28.848-8, rei. Adhemar Macill, j. O 1 .06.1993).

4. Poder implícito ou implied power é o pcder não expressamente mencionado na Constituição, mas adequado à prossecução dos fins e tarefas consti ucionahnente atribuídos aos órgãos de soberania (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direi/o Consrit11.-ional e Teoria da Co11srit11ição. 6 ed., cit., p. 544.)

COMPETÊNCIA

de ter competência para apreciar a questão. Veja o caso dos embargos de declaração: não há regra constitucional que preveja como competência do STF ou do STJ o julgamento de embargos de declaração interpostos contra as suas decisões, embora seja inegável que a atribuição de competência para julgar determinadas causas embute, implicitamente, a competência para julgar esse recurso.5

É fundamental perceber que não há vácuo de competência: sempre haverá um juízo competente para processar e julgar determinada demanda. A existência de competências implícitas é, portanto, indispensável para garantir a completude do ordenamento jurídico.

4. REGRA DA KOMPETENZKOMPETENZ

De acordo com a regra da Kompetenzkompetenz, todo juízo tem competência para julgar a sua própria competência. O juiz é, sempre, o juiz da sua competência. Assim, para todo órgão jurisdicional há sempre uma competência mínima (atômica): a competência para o controle da própria competência. Por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não competente.

5. A PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃ06

Não basta que as regras de competência sejam fixadas pela lei; é necessário que se saiba qual, dentre os vários juízos competentes, será o juízo responsável concretamente pela demanda ajuizada. É necessário que se determine, in concreto, qual o juízo da causa.

O modo de determinar-se essa competência é discipl inado pelo art. 87 do CPC.

O dispositivo do art. 87 do CPC prevê a perpetuatio jurisdictionis, que consiste na regra segundo a qual a competência fixada no momento da propositura da demanda - com a sua distribuição (quando há mais de um juiz ou de um escrivão, art. 263 c/c art. 251

do CPC) ou com o despacho inicial -, não mais se modifica. Trata-se de uma das regras que compõem o sistema de estabilidade do processo, ao lado de regras como as dos arts.

264 e 294 do CPC.

Neste exato momento, firma-se e perpetua-se a competência do juízo e nenhuma modificação do estado de fato (ex.: mudança de domicílio do réu) ou de direito (ex.: ampliação do teto da competência do órgão em razão do valor da causa) superveniente poderá alterá-la.

A Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 1 1 .340/2006) previu a possibilidade de a

mulher que se alega vítima de violência doméstica e familiar demandar as "medidas protetivas de urgência" civis (arts. 22-24 dessa lei) perante a autoridade policial competente para receber a notitia criminis relacionada a essa violência (art. 12 da lei), que deverá encaminhar essa demanda ao Poder Judiciário.

5. Ver, por exemplo: 2" T., RE 47. 757, rei. M in. Ribeiro da Costa, j. 24.08.1962, DJ de 17.09.1 962, p. 4 1 3 ; Pleno, CC 6.987-DF, rei. M i n . Sepúlveda Pertence,j. 27.03.1992, D J d e 20.04.1 992, p. 5.723; Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05.12 . 1 990.

6. Escrito com o auxílio imprescindível de Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Professores Assistentes da Pós-graduação em Direito Processual Civil.

fREDIE DIDIER JR.

A data da propositura da ação é a aquela em que a suposta vítima fomrnla sua demanda perante a autoridade policial. É este o momento em que se considera iniciada a litispendência em relação à autora-vítima. Excepciona-se a regra do art. 263 do CPC, que considera proposta a ação na data da distribuição ou do despacho inicial (onde a distribuição não foi necessária). A lei atribuiu à

autoridade policial função normalmente contida no cargo de serventuário da justiça.

O tenno da demanda, remetido ao Judiciário pela autoridade policial, deverá ser distribuído normalmente (art. 2 5 1 cio CPC), ou despachado, se na comarca não houver necessidade de distribuição A data da distribuição (ou do despacho inicial) será, portanto, i11evitavelrnente posterior à data da demanda (que se considera fonnulada, lembre-se, na data em que anresentada à autoridade policial).

Não coincidem, pois, a data de propositura da demanda com a data da distribui

ção (ou do despacho inicial . Sucede que, sem a distribuição, não é possível saber qual o juízo competente para a causa. Assim, é preciso atentar para o seguinte: no caso de demanda em que se pleiteia "medida protetiva de urgência", a data em que se determina a competência, nos termos do art. 87 do CPC, não será a da propositura da ação, mas a data da distribuição (ou do despacho inicial, se na comarca não houver necessidade de distribuição). Mas a data do início da litispendência para a autora é a data em que demandou perante a autoridade policial.

Mas há exceções.

Excepcionam-se os seguintes casos: a) Supressão do órgão judiciário - por exemplo, a extinção de uma vara cível; b) Alteração superveniente da competência em razão da matéria ou da hierarquia1•8 porque são espécies de competência absoluta, fixadas em

-

função do interesse público, motivo pelo qual outras modalidades de competência absoluta devem estar aí abrangidas (máxime, a territorial absoluta do ait. 95 do CPC).

Frise-se que a interpretação da segunda das ressalvas previstas em lei (parte final do art. 87) deve ser sistemática e extensiva, pois, a todas as luzes, o legislador, ao restringir as exceções à "competência em 1 azão da matéria ou da hierarquia", quis referir-se, em verdade, a todas as modalidades de competência absoluta, cometendo a mesma gafe dos arts. 102 e 1 1 1 do CPC.

Ora, tais dispositivos, ao tent arem sistematizar os diferentes tipos de competência absoluta e relativa, seguiram o modelo chiovendiano, limitando-se a incluir os critérios 7. Nesse sentido, veja-se recente julgado do STF sobre prerrogativa de função: ""Perda de Prerrogativa de Foro e Início de Julgamento. A perda de prerrogativa de foro faz cessar a competência originária do Tribunal para julgar o feito, ainda que este tenha se iniciado. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem em inquérito no qual se imputava a Minfatro de Estado a prática de crime contra a honra, declinou de sua .;ompetência para a Justiça Comum estadual, uma vez que, no curso do processo, ocorrera a exoneração d1• querelado do referido cargo. Vencidos os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes que, tenao em conta os votos já proferidos em assentada anterior, resolviam a quesl<io de ordem no sentido de se d·1r prosseguimento à apreciação da queixa-crime pelo Supremo, por considerar que, com o início do julgamento, ter-se-ia a prorrogação da competência, porque o julgamento, como ato processual, é unitário, e os vo os não são, para esse efeito, atos processuais distintos, mas momento desse ato único. lnq 2277 QO/DF, rei. Min. Marco Aurélio, 24.5.2006." (lnq-2277).

8. Leia-se competência em razão da função, visto esta ser o gênero de que aquela é espécie.

hierárquico e material para a primeira espécie, e territorial e em razão do valor ela causa, para a segunda, deixando à margem outros critérios (como o pessoal), bem assim inúmeras exceções (como casos de competência territorial9 e em razão do valor da causa que sejam absolutas)'º a esta regra.

Se a alteração de competência absoluta ocorrer após a sentença, não haverá a redistribuição do processo, com a quebra da perpetuação da competência, exatamente porque já houve julgamento. Assim, p. ex., a EC 45/2004, que

alterou as regras constitucionais de competência da Justiça do Trabalho, não alcança os processos já sentenciados (súmula do STJ, n. 367). Recurso eventualmente pendente contra decisão proferida por juiz estadual, em causa que agora é de competência da Justiça do Trabalho, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça, e não pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Convém, então, que se destaque a hipótese do desmembramento ela comarca e a regra da perpetuação clajurisdição.

O desmembramento ele comarca só implicará a modificação de competência se alterar competência absoluta, 1 1 inclusive a competência territorial absoluta.'2

Um bom exemplo é o caso em que a comarca, onde corre ação reivindicatória, for desmembrada e o imóvel objeto da lide fique situado na nova comarca. Nesta hipótese, altera-se competência absoluta (territorial) do juízo onde esta já se tinha perpetuado, e os autos deverão ser transferidos para a comarca onde ficou o imóvel (art. 95 do CPC)Y

Perfilhando esta linha de intelecção, acolhe-se na íntegra uma das sugestões do processualista Edson Ribas Malachini para uma nova redação da segunda parte do art. 87 do CPC, a saber: "São irrelevantes as modificações do estado ele fato ou ele direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou atribuírem competência absoluta a outro órgão".14

9. Critério este que, na concepção de Chiovenda, em alguns casos, seria subespécie do funcional, uma categoria criada com a "intenção de transformar determinadas hipóteses de competência territorial pura em competência absoluta e improrrogável" (VJNCENZI, Brunela Vieira de. Competência Funcional - Distorções.

Revista de Processo. São Paulo, 2002, n. 105, p. 270).

1 O. A este respeito, vide: Alhos Gusmão Carneiro (Jurisdição e Competência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83 e seguintes) e Brunela Vieira de Vincenzi (Ob. Cit.).

1 1 . O STJ tem seguido esse entendimento, malgrado referindo-se à competência funcional (na linha chiovendiana), e não à territorial absoluta: "COMPETÊNCIA. Imóvel. Reivindicatória. Desmembramento da comarca.

- Instalação de nova comarca, em cujo território se situa o imóvel objeto da ação reivindicatória, determina a modificação da competência". (RESP n. 156.898/PR, rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ

de 1 6. 1 1 . 1 998, p. 97). Assim, também, RESPn. 1 50. 902/PR, rei. Min. Barros Monteiro, publicado no DJ

de 28.09.1 998, p. 65.

12. Têm opinião diversa, Celso Agrícola Barbi (Comemários ao Código de Processo Civil. V 1, Tomo li. São Paulo: Forense, 1975, p. 3 9 1) e Arruda Alvim ("A 'perpetuatio jurisdictionis' no Código de Processo Civil.

Revista de Processo. São Paulo: RT, 1976, 11. 4).

1 3 . Vejam que, se o imóvel ficou em mais de uma comarca, qualquer um dos juízos é competente (competência fixada por prevenção, art. 1 07 do CPC).

14. A "pe1pet11arioj11risdictionis" e o desmembramento de comarca. Revista de processo 47/273.

S

S

FREDlE DLDIER JR.

6. COMPETÊNCIA POR DIS TR1BUIÇÃ015

De acordo com os arts. 251 t;: 252 do CPC, onde houver "mais de um juiz ou mais de um escrivão " os processos deverão ser sorteados dentre aqueles abstratamente competentes, de forma alternada, com rigorosa atenção ao princípio da igualdade. Com isso, fixa-se a competência concreta do j uízo, transformando a "competência cumulativa de todos em competência exclusiva de só um dentre todos".16

Como é cediço, as regras de distribuição servem para concretizar a competência onde há mais de um juízo e foram criadas com olhos no princípio do juiz natural - que é, sobretudo, o juiz legalmente competente.

Um dos requisitos para que se tenha um juiz legal é a prévia fixação de regras para a divisão interna de funções e atribuições nos locais onde houver mais de um juízo abstratamente previsto corno competente. Conc retiza-se, assim, a competência, de forma equânime sem que se defira às partes a possibilidade de optar pelo órgão julgador de sua preferência, afinal, o direito ao juiz natural não foi r�gra fixada no interesse das partes, mas, sim, no interesse público. Tanto que foi alçada à condição de princípio constitucional (art. 5°, Lm e LIV da CF).

Trata-se de regras cogente. , indisponíveis, que surgiram no intuito de atender ao interesse público. São, portanto. regras de competência absoluta.

Humberto Theodoro Júnior, em parecer acerca da admissibilidade da ação rescisória tombada sob o nº 46.595-0, que tramita no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que "som nte se pode, em tal conjuntura, falar em incompetência absoluta, já que o afastamento do juiz natural ou o empecilho de acesso a ele apenas pode ser qualificado como f gressão a uma garantia constitucional".

Calmon de Passos, em parec.:er exarado nos autos do mesmo processo, defende essa posição, aduzindo que "se 1 ão condenável. expediente é acobertado pelo j

ulgador, sua decisão, por desrespeitadora da garantia, reveste-se de caráter de vulneradora de preceito constitucional, o que o torna absolutamente incompetente, dada a matriz constitucional do princípio".

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery assim se manifestam: "2. Competência por dependência.

A competência determinada pela dependência é funcional sucessiva, portanto absoluta (Reale, RT 538/3 1). Reronhecida pelo juiz a conexão ou continência, bem como se se tratar das ações secundárias mencionadas no CPC 253 par. ún., estabelece-se a competência funcional sucessiva do juízo para julgar, simultaneamente, a causa principal e a que lhe for distribuída por dependência".17

Assim, qualquer burla à di tribuição significa franca violação ao princípio do juiz natural (art. 5°, Ll l l e LIV da CF) e às regras processuais de distribuição (arts. 2 5 1 a 253

do CPC) e, por consequência, à' regras de competência absoluta.

1 5. Escrito com o auxílio imprescindh el de Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Professores Assistentes da Pós-graduação em Direito Processual Civil.

16. Palavras do Prof. J. J. Calmon de Plssos em parecer referente à ação rescisória tombada sob o n. 46.595-0, que tramita no Tribunal de Justiça Jo Estado da Bahia.

17. Código de Processo Civil comenta lo e legislação processual extravagante em vigor. 4 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 7 1 9.

COMPETÊNCIA

7. CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

7. 1 . Competência do foro (territorial) e competência do juízo Foro é o local onde o juiz exerce as suas funções; é a unidade territorial sobre a qual se exerce o poder jurisdicional (lembre-se que o Estado é soberania de um povo sobre dado território). No mesmo local, conforme as leis de organização judiciária, podem funcionar vários j uízes com atribuições iguais ou diversas. Assim, para uma mesma causa, verifica-se primeiro qual o foro competente, depois o juízo,

que é a vara, o cartório, a unidade administrativa. A competência do juízo é matéria pertinente às leis de organização judiciária. A competência de foro é regulada pelo CPC.

7.2. Competência originária e derivada

A competência originária é aquela attibuída ao órgão jurisdicional diretamente, para conhecer da causa em primeiro lugar; pode ser atribuída tanto ao juízo monocrático, o que é a regra, corno ao tribunal, em algumas situações (ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, por exemplo).

A competência derivada ou recursai é atribuída ao órgão jurisdicional destinado a rever a decisão já proferida; normalmente, atribui-se a competência derivada ao tribunal, mas há casos em que o próprio magistrado de primeira instância possui competência recursai, corno é o caso dos embargos infringentes de alçada, cabíveis na forma do art.

34 da Lei de Execução Fiscal, que serão j ulgados pelo mesmo juízo prolator da sentença.

Ambas são espécies de competência absoluta.

7.3. Incompetência 1·elativa x Incompetência absoluta

As regras de competência submetem-se a regimes jurídicos diversos, conforme se trate de regra fixada para atender exclusivamente ao interesse público, chamada de regra de incompetência absoluta, e para atender preponderantemente ao interesse particular, a regra de incompetência relativa.

Antes de examinar os respectivos regimes j urídicos, cumpre lembrar que "todo juiz é o primeiro juiz de sua própria competência", como diz Cândido Dinamarco.18

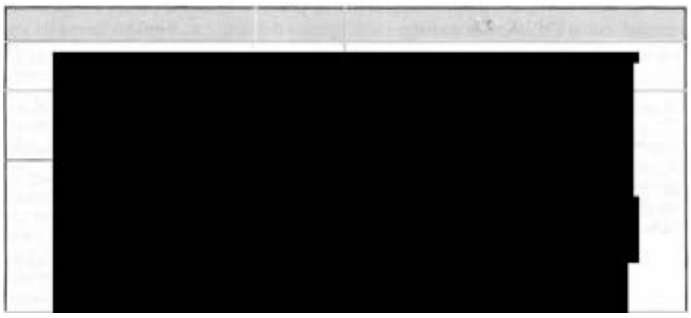
A incompetência é defeito processual que, em regra, não leva à extinção do processo, mesmo se se tratar de incompetência absoluta, salvo nas excepcionais hipóteses do inciso III do art. 5 1 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis), e da incompetência internacional (arts. 88 e 89 do CPC)19.

Convém, no entanto, observar o que acontece nas hipóteses de incompetência do j uízo para processar e julgar demandas incidentes, como a reconvenção e os

embargos de terceiro, por exemplo. A competência funcional para o julgamento das 1 8. Em referência à Kompetenzkompetenz, v. 1, n.0 2 1 2.

19. Esse regime jurídico diferenciado da incompetência internacional justifica-se como aplicação do princípio da unilateralidade, que rege a competência internacional, logo abaixo examinado.





demandas incidentais é, por torça do art. 109 do CPC, do juízo da causa principal.

Sucede que é possível que es�ejuizo não tenha competência objetiva (em razão da matéria ou da pessoa) para o processamento/julgamento do feito.

Se isso acontece na reconvem,:ão, o magistrado indeferirá a petição inicial da reconveação, não admitindo o se11 processamento. A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somene é possível cogitar de reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não pc deria ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porquanto demanda incidente, o seu não-conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.

A incompetência absoluta para o conhecimento/julgamento de embargos de terceiro ou denunciação da lide irnpl ca a remessa dos autos, com as demandas principal e incidental, ao juízo compete1 te. É o que pode acontecer se, em processo que tramita na Justiça Estadual, houver é mbargos de terceiro propostos

por um ente federal ou em face de um deles seja proposta uma denunciação da lide - em ambos os casos, os autos serão remetidos à Justiça Federal.2º

A distinção entre os regimes jurídicos das regras de incompetência absoluta e relativa pode ser feita em quadro esquemático, que facilita a visualização e a aprendizagem.

ABSOLUTA

RELATIVA

Regra de competência criada paia atender a Regra de competência criada para atender interesse público.

precipuamente a interesse particular.

A incompetência absoluta pode ser alegada a A incompetência relativa somente pode ser argui-qualquer tempo, por qualquer das partes, poden- da pelo réu, no prazo de resposta (1 5 dias), sob do ser reconhecida ex officio pelo magistrado.

pena de preclusão e prorrogação da competência

A parte que deixar de alegar no primeiro mo- do juízo, não podendo o magistrado reconhecê-

mento que lhe couber falar nos autos arcará com -la de ofício (enunciado n. 33 da súmula da as custas do retardamento. Trata-�e de defeito jurisprndência do STJ). O Ministério Público tão-grave que, uma vez transitada em julgada pode alegar incompetência relativa em beneficio a última decisão, ainda será possível, no prazo de réu incapaz21•

de dois anos, desconstituí-la por ação rescisória,

com base no art. 485, II, CPC.

20. Acolhida a denunciação, o proces�o continuará seu curso na Justiça Federal, rejeitada, os autos devem retomar a Justiça Estadual, resguardada a competência funcional (recursai) do Tribunal Regional Federal da respectiva região para apreciar �ventuais recursos dessa decisão. O juiz estadual não está autorizado a continuar o julgamento do processo sob o argumento de que não é

caso de denunciação da lide, rejeitando-a; deve remeter os autos à Justiça Fe. leral, para que lá se averigúe a admissibilidade da denunciação. Cf.. a propósito: STJ, Conílito de Compe ência n. 12.094-PR, publicado no DJ de 27.03.1995, rei. Torreão Braz; Conflito de Compelência n. 2 1 .268 'SC, publicado no DJ de 17.05.1 999, p. 1 1 9, rei. Min. Eduardo Ribeiro; Conflito de Competência n. 21 792 RR, publicado no DJ de 14. 1 2 . 1 998, p. 82, rei. M in. Garcia Vieira, rei.

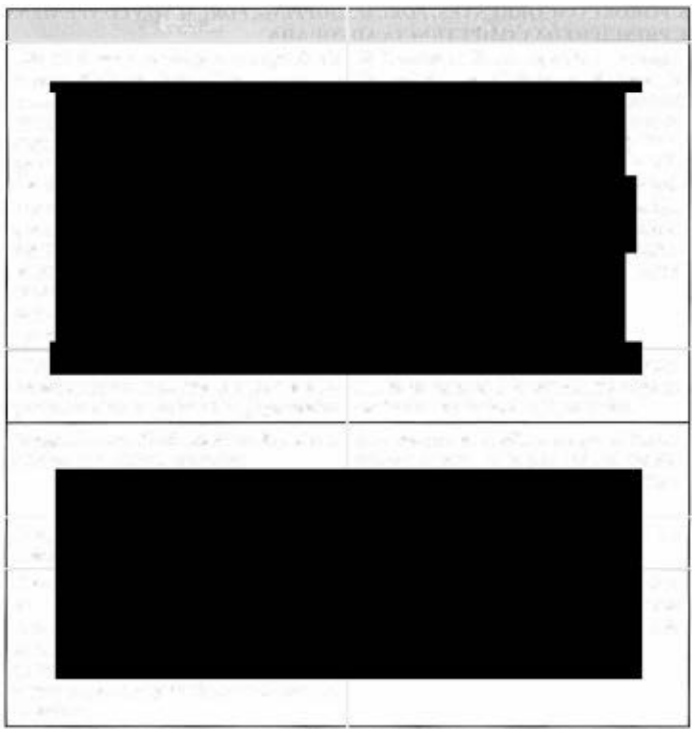
p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros; Conflito de Compelência n. 12586/SP, publicado no DJ de 1 7.04.1995, p. 9552, rei. Min. Pau o Costa Leite.

2 1 . "PROCESSO ClVIL. MINISTÉRIO PUBLICO. CUSTOS LEGIS. INVENTÁRIO. QUALIDADE DE

PARTE. lNCAPAZ. COMPETÊ (LA RELATfVA. LEGITIMIDADE DO MP PARA ARGUIR EXCEÇÃO

1 50





COMPETÊNCIA

ABSOLUTA

RELATIVA

Não há forma especial para a arguição de Há forma específica de arguição de incompe-incompetência absoluta, até mesmo porque tência relativa: exceção instrumental. A exceção o magistrado pode conhecê-la ex officio. No de incompetência relativa deve ser ajuizada em entanto, não pode o réu alegar incompetência peça apartada da contestação, que será autuada absoluta por exceção instrumental e querer em apenso (arts. 1 1 2, 299 e 304 do CPC). Trata-que essa alegação produza o efeito de suspen- -se, pois, de requisito processual de admissibilider o processo, característica das exceções dacle deste incidente do procedimento principal.

instrumentais. Se por acaso o réu alegar in- No entanto, o Superior Tribunal ele Justiça, competência absoluta, mesmo que em peça corretamente, tem entendido que a alegação ele separada, deverá a alegação ser considerada incompetência relativa no bojo da contestação, como se tivesse sido formulada no bojo da como preliminar, por não causar prejuízo, não contestação, sem que se dê a ela o efeito de pode ser clesconsiderada.22

suspender o andamento cio processo, até a sua

apreciação.

Reconhecida a incompetência absoluta, re- Reconhecida a incompetência relativa, reme-metem-se os autos ao juiz competente e re- tem-se os autos ao juiz competente e não se putam-se nulos os atos decisórios já praticados. anulam os atos decisórios já praticados.

A regra de competência absoluta não pode ser As partes podem modificar a regra de incom-alterada pela vontade das partes.

petência relativa, quer pelo foro de eleição,

quer pela não-oposição da exceção ele incom-

petência.

A regra de competência absoluta não pode ser A regra ele incompetência relativa pode ser alterada por conexão/continência.

modificada por conexão/continência.

Competência em razão da matéria, ela pessoa e Competência territorial é, em regra, relativa.

funcional são exemplos de competência absoluta. Além disso, também é relativa a competência A competência em razão cio valor da causa pelo valor da causa, quando ficar aquém cio também pode ser absoluta, quando extrapolar limite estabelecido pela lei.

os limites estabelecidos pelo legislador. Em

alguns casos, a competência territorial também

é absoluta.

DE INCOMPETÊNCJA. - O Minislerio Público, quando atua no processo como custos legis, o que acontece em inventário no qual haja menor interessado, tem legitimidade para arguir a incompetência relativa do juízo.

Para tanto, deve demonstrar prejuízo para o incapaz. Não demonstrado o prejuízo tal legitimidade não se manifesta". (STJ, 3' T., REsp n. 630.968/DF, Rei. Ministro Humberto Gomes de Barros,j. em 20.03.2007, publicado no DJ de 14.05.2007, p. 280).

22. 2' Seção, RESP 1 69 1 76/DF, rei. Min. CASTRO FI L!-10, j. 25.06.2003, D.J de 1 2.08.2003, p. 185; 4' T., RESP 293042/SP, rei. Min. ALDIR PASSARINHO JUNlOR,j. 25.09.200 1 , DJ de 04.02.2002, p. 379. Em sentido contrário, porém, não admitindo a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, 1"

T., RESP 380705/AL, rei. M[n. GARCIA VIEIRA, j. 07.03.2002, DJ de 08.04.2002, p. 1 53.

1 5 1



FREDIE DIDIER J R.

8. FOROS CONCORRENTES, FOR UM SHOPPING, FOR UM NON CONVENIENS

E PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA

H á situações em que existem vários foros em princípio competentes para o

conhecimento e j ulgamento de uma demanda; são os foros concorrentes.

Em certos casos, há duas ou três opções (art. 95, segunda parte, do CPC23; art. 1 00, par.

ún., CPC24; art. 475-P, par. ún., CPC25); em outros, o número aumenta consideravelmente, como nos casos das ações coletivas ressarcitórias em razão de dano nacional (qualquer capital de Estado-membro e no D istrito Federal, art. 93, íl, CDC26), litígios internacionais (vários Estados igualmente competentes) e comunitários (vários países de uma determinada comunidade internacional).

O fenômeno é frequente em estados federais, como o estadunidense e o brasileiro, e na Comunidade Europeia27•

O autor, diante dessas opções, exercita aquilo que já se denominou comojàrum shopping: a escolha do foro pelo demandante. Escolher o foro dentre aqueles em tese competentes é direito potestativo do autor. Há várias razões para a escolha, mas a principal parece ser a existência de diferença nas regras ele direito material ou processual entre os diversos foros, fato muito frequente nos casos de competência internacional e em federações como a estadunidense, em que a competência legislativa do Estado-membro é bem extensa28•

É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais fa vorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O

problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé29. Essa 23. Art. 95 do CPC: "Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa.

Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova".

24. Parágrafo único do art. 100 do CPC: ""\Jas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato'·.

25. Parágrafo único do art. 475-P do CPC. "No caso do inciso l i do caput deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens

sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem".

26. Art. 93 do CDC: "Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: (. . .) 1 1 - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacioaal ou regional, aplicaado-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

27. JUENGER, Friedrich K. Fomm non conveniens- who needs it? Abuse o/procedural rights: comparative standards ofprocedura/fairness. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law lntemational, 1999, p. 35 1 .

28. Por exemplo: o sujeito é ofendido por uma reportagem publicada na internet. Ele escolhe demandar contra o ofensor em pais com leis mais favoráveis às vítimas, como é o caso da Inglaterra. O direito estadunidense em tema de responsabilidade civi por fato do produto é também um estfmulo aos estrangeiros, que se sintam prejudicados por produtos americanos, demandarem no EUA (JUENGER, Friedrich K. Forum non conveniens - who needs it?, cit., p. 352.) As diversas razões para a escolha de foros americanos em ações de responsabilidade civil são mencionadas neste mesmo texto, na mesma página.

29. Como disse o Justice Jackson, da Si prema Corte Americana: "A plaintiff sometimes is under temptation to resort to a strategy of forcing the hal at a most inconvenient place for an adversary, even at some incoveaience to himself' ("o autor está a gumas vezes sob a tentação de valer-se de uma estratégia de forçar o



escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé.

Há casos em que esse abuso se revela com alguma clareza.

Um cidadão do Brunei, em razão de um acidente de helicóptero em seu país, demandou a empresa fabricante, que é francesa, no Texas, EUA.

Um juízo austríaco aceitou uma ação de investigação de paternidade contra um francês, sob o fundamento de que ele havia deixado na Áustria uma mala com roupas de baixo ("underwear") 30.

A chamada tagjurisdiclion (competência do juízo em razão da simples presença do sujeito no território do Estado, mesmo que passageira e nada tenha a ver com a demanda), construção jurisprudencial do common law, é também utilizada como instrumento de abuso na escolha do juízo competente. Houve notícia de um réu que foi surpreendido com uma citação dentro de um avião, que passava pelo estado do Arkansas, EUA31•

É ce1to que vige no direito processual o princípio da boa-fé, que torna ilícito o abuso do direito, conforme já examinado neste volume do Curso. Também é certo que o devido processo legal impõe um processo adequado, que, dentre outros atributos, é aquele que se desenvolve perante um juízo adequadamente competente. A exigência de uma competência adequada é um dos corolários dos princípios do devido processo legal, da adequação e da boa-fé. Pode-se inclusive falar em um princípio da competência adequada32•

A questão que se apresenta, pois, é a seguinte: de que modo esses princípios incidem no forum shopping, para impedir o abuso do demandante na escolha de um foro que, embora em tese competente, se revele no caso como uma técnica de dificultar a defesa do demandando ou impedir o bom prosseguimento do processo, sem que disso o autor possa auferir qualquer espécie de justa vantagem?33

Para garantir a efetivação de todos esses princípios, embora sem sistematização e com uma fundamentação difusa, surgiu na Escócia34 uma doutrina que serviu como freio jurisprudencial a essas escolhas abusivas. A ela deu-se o nome defomm 11011 conveniens.

Justamente, "para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida comoforum non conveniens, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra j urisdição julgamento no local mais inconveniente ao seu adversário, mesmo que com alguma inconveniência para si próprio"). Cf. JUENGER, Friedrich K. For11111 11011 conve11ie11s - wlio needs it?. p. 357.

30. JUENGER, Friedrich K. Forw11 110n co11ve11iens - 1v/10 needs it?, p.

353.

3 1 . JUENGER, Friedrich K. Fon1111 non conveniens - wlio needs it?, p. 353.

32. Sobre o tema no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, DIDIER Jr., Frcdie., ZANETI Jr., Hermes. Curso de direito processual civil. 4' cd. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 4, p. 1 1 6- 1 1 8.

33. Art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

34 JUENGER, Friedrich K. Fom111 11011 conve11ie11s - 1vho needs it?, cit., p. 356, especialmente a nota 34.



FREDIE DIDIER JR.

(...) invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral" 35.

Com a inserção dessa regra o próprio juiz da causa, no controle de sua competência, utilizando a regra da Kompeten::kompetenz (o juiz é competente para controlar a sua própria competência), já aceito pelo ordenamento nacional,

evitaria julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos (p. ex.: extensão e proximidade com o ilícito), quer em razão das dificuldades de defesa do réu.

A aplicação no Brasil da doutrina do.foro não conveniente é plenamente possível, a partir da concretização do direito fundamental a um processo adequado e leal.

Há decisão da 3ª T. do STJ, porém, em que se afirmou que, "apesar de sua coerente fonnulação em países estrangeiros", os "princípios" (sic) doforum shopping e do fon11n 11011 co11veniens não enCl)ntram respaldo nas regras processuais brasileiras (MC

n. 1 5.398-RJ, rei. Mina. Nancy Andrighi, j. em 02.04.2009, publicado no DJe em 23.04.2009). O tema não foi examinado com a profundidade devida no mencionado acórdão. Há, inclusive, erro t;!cnico: não se trata de princípios. Fórum shopping é um fato da vida;forum 11011 c onve11ie11s é uma teoria. O princípio em questão é a boa-fé processual (ou, mais amplamente, o devido processo legal). Certamente, o assunto voltará a ser examinado pelo STJ em outros termos.

É certo que essa doutrina canfore uma elasticidade na aplicação das regras de competência, que poderão ser controladas caso a caso, a partir da concretização desses direitos fundamentais. O princípio da adequação da competência (corolário do devido processo legal), como todo princípio, permite certa discricionariedade judicial, que não é nova em nosso sistema jurídico, já bastan e aquinhoado com normas deste tipo. A exigência de adequada fundamentação é a fonna de resolver esse conflito entre segurança jurídica (regras apriorísticas de competência) e a justiça do caso concreto (impedir o abuso do direito), pois "if certain kinds of.forwn shopping can ideed be considered abusive, considerations of justice suggest some balance i1 the selecting the forum"36.

A existência de foros conco1 rentes significa que todos eles são igualmente competentes para, em tese, julgar um determinado tipo de demanda. Essa circunstância, porém, não impede que se controle in concreto o exercício do direito de escolha do foro que, se se revelar abusivo, deverá ser rechaçado pelo órgão jurisdicional, que sempre tem a competência de julgar a própria c ompetência.

9. COMPETÊNCIA CONSTIT U C lONAL

Há quem considere como não-juiz o magistrado que decide em dissonância com as normas constitucionais que atribuem j urisdição. Por exemplo, reputar-se-ia como não-35. JATAl-fY, Vera Maria Barrera. Do co1 flito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37. Relacionando aforum no conveniens doctri11e com 1 tentativa de impedir o abuso pelo demandante, JUENGER, Friedrich K. Fo111111 non conveniens - who necds it?, cit., p. 356.

36. JUENGER, Friedrich K. Forum 11011 conveniens - 1vho needs it?, cit., p. 370.

COMPETÊNCIA

-decisão aquela proferida por Tribunal de Justiça que julgou um recurso extraordinário, ou aquela proferida por um juiz do trabalho em matéria de alçada da justiça eleitoral.37

Nessa linha, a decisão de um juiz federal sobre causa estadual seria tão decisão como aquela que houvesse sido proferida por um oficial de justiça.

Eis a lição de Calmon de Passos:

"O poder de julgar do magistrado tem suas raízes na Constituição. Por isso mesmo se diz que ela é fonte do poder jurisdicional. Só nos limites nela fixados está o juiz investido do poder de julgar. Constitucionalmente, o poder de julgar foi repartido entre as chamadas jurisdições especiais (...) e a comum - remanescente. A investidura dos órgãos dessas jurisdições já lhes confere poder de julgar limitado constitucionalmente, de sorte que o exercício de suas atividades fora dos limites traçados na carta importa, mais que um defeito de competência, em defeito de jurisdição. O que façam ou realizem fora dos limites constitucionais é, em tudo e por tudo, semelhante à atividade do não-juiz, consequentemente, ato inexistente juridicamente, do ponto de vista processual".38

A tese é sedutora, indiscutivelmente, mas o caso não é de falta de jurisdição: trata-se, realmente, de incompetência. Há o poder de criar normas jurídicas concretas, jurisdição, que foi distribuído pela Constituição em parcelas para cada órgão jurisdicional. Quando um órgão jurisdicional extrapola a fração de poder que lhe foi outorgada, dá-se a falta de competência, e não de jurisdição. Pensar de outro modo levaria a ter de admitir-se que existem cinco jurisdições, e não apenas uma: eleitoral, trabalhista, estadual, federal e militar. E há mais: de acordo com a regra da Kompetenzkompetenz (o juiz tem sempre competência para examinar a sua competência), o magistrado i ncompetente constitucionalmente tem, no míni mo, a competência de reconhecer a sua incompetência, o que já revela a existência de ao menos uma parcela de j urisdição.39 Portanto, não se poderia falar de sentença inexistente, mas de sentença inválida -não se poderia equiparar a sentença de um não-juiz com a sentença de um juiz que não tenha competência, ainda que constitucional.40

Porém, o legislador brasileiro não lhe deu qualquer tratamento diferenciado, permanecendo a ação rescisória como única forma de corrigir esse defeito após a coisa julgada material.

1 0. COMPETÊNCIA INTERNACl.ONAL

10.1. Considerações gerais

Um sistema jurisdicional de um país pode pretender julgar quaisquer causas que sejam propostas perante os seus juízes. o entanto, o poder de tomar efetivo aquilo que 37. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202. 1 , p. 29 1 .

38. Co111e11tários ao Código de Processo Civil. 8 cd. Rio de .Janeiro: Forense, 1998, v. 3, item 202 . 1 , p. 2 9 1 .

39. Conforme observou o aluno Tadeu Vilasboas, cm aula n o segundo semeslre de 2004, na Universidade Federal da Bahia.

40. Assim, STF, Pleno, I-IC n. 80.263. rei. Min. llmar Galvào, j. cm 20.02.2003.





foi decidido sofre limitações, porque existem outros Estados, também organizados, e que não reconheceriam a validaoe da sentença em seu território, não permitindo, pois, a sua execução.

A competência internacional visa, portanto, a delimitar o espaço em que deve haver j urisdição, na medida em que o E stado possa fazer cumprir soberanamente as suas sentenças. É o chamado princípio da efetividade, que orienta a distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde deve exclusivamente produzir efeitos.41 Além disso, não seria conveniente ocupar os órgãos jurisdicionais com questões que não se liguem a seu ordenamento jurídico.

Ainda há outros princípios q 1e informam as regras de competência internacional: a) P/enitudo jurisdictionis: ·o poder/dever de conceder a prestação jurisdicional nos limites do seu território é pleno e ilimitado, assim proclamado como regra geral pelo direito internacional, excepcionado apenas pelas limitações estabelecidas por sua própria legislação e, em Jlguns casos, por construção jurisprudencial".42

b) Exclusividade: "é aquele em razão do qual os tribunais de cada país, uma vez acionados, aplicarão sempre as regras delimitadoras de jurisdição que integram a sua própria ordem jurídica, rbstendo-se de aplicar aquelas que pertençam à esfera de outro Estado, embora possam aquelas serem consultadas em

circunstâncias especiais, quando se trata de reconhecimento de sentenças estrangeiras".43

c) Unilateralidade: à norlT'a delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, não se concede o poder de atribuir competência internacional a outro Estado. Assim, não enquadrada uma demanda em alguma hipótese ele competência internacional, fica excluída a possibilidade ele essa mesma hipótese servir >ara que se remeta o julgamento à jurisdição ele outro Estado, sob pena de ofensa a soberania estrangeira."""

d) Imunidade de jurisdição: trata-se do princípio segundo o qual a jurisdição deixa de ser exercida em razão da qualidade do réu. Um Estado soberano não tem como julgar outro Estado igualmtnte soberano sem o consentimento deste. Trata-se de princípio de direito internaci nal (par in par 11011 habet iudicium). Atinge também os chefes de Estado, pessoas por ele designadas, além de determinadas pessoas físicas e jurídicas, em razão das funções que exercem. "Com a evolução das relações internacionais e passando os Esndos a ocupar com mais frequência a posição de parte nas atividades comerciais, i ·11punha-se o abrandamento do princípio. Surgiu assim a teoria da imunidade relati•a, distinguindo os atos de gestão - ius gestionis - em função da sua natureza ou <·a sua finalidade, dos atos de império - ius imperii, só 4 1 , JATAHY, Vera Maria Barrem. Do co11jli10 de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

42. JATAHY. Vera Maria Barrera. Do co11/lito de jurisdições, p. 24.

43. JATAHY, Vera Maria Barrera. Do co11jfito de jurisdições. p. 25.

44. JATAHY. Vera Maria Barrera. Do< 011flito de jurisdições, p. 25.

estes garantidores da jurisdição privilegiada, pois praticados pelo Estado enquanto titular do poder soberano".45

e) Proibição de denegação de justiça: para evitar uma denegação de j ustiça, o Estado inicialmente incompetente para apreciar a demanda, deve julgá-la quando ficar constatado que ela não poderá ser proposta em qualquer outro tribunal estrangeiro.46 "A atribuição de jurisdição ao Estado para decidir medidas cautelares destinadas a produzir efeitos em seu próprio território emerge do

princípio que veda a denegação de justiça".47

j) Autonomia da vontade: reconhece-se a possibilidade de escolha da jurisdição, em caso de concorrência, inclusive com foro de eleição. Gerou o fenômeno designado de/orum shopping, consistente "na procura, dentre jurisdições de competência concorrente para apreciar determinada lide, daquela onde autor ou as partes supõem possa ser obtida uma decisão mais favorável aos seus interesses, em razão da lei a ser aplicada, ou em decorrência de normas processuais que permitam maior agil ização nos julgamentos".48 Para evitar abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como /orum 11011 conveniens, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição internacional invocada como concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da justiça em geral".49

Para que não houvesse conflitos entre os Estados, no caso de uma jurisdição ilimitada, que não reconhecesse outras decisões, ou sendo indiferente às nacionalidades, fez-se necessário estipular uma espécie de limitação espacial da jurisdição. Quando se fala em competência internacional, cogita-se das hipóteses em que a jurisdição estatal pode ou não atuar. Por isso há quem utilize a expressão competência de j urisdição.50

Ocorre que no âmbito do limite estabelecido, esta jurisdição se exerce validamente, sem embargo do domicílio, da nacionalidade das paites, ou do lugar da ocorrência dos fatos geradores da lide.

É a limitação da jurisdição de um Estado em face de outros. A competência internacional brasileira diz quais as causas que deverão ser conhecidas e decididas pela justiça brasileira.

A competência internacional de autoridade judiciária brasileira está prevista no artigo 1 2 da LIDB e nos artigos 88 e 89 do CPC.

45. JATAHY, Vera Maria Barrera. Do co11jlito de jurisdições, p. 29-30.

46. JATAHY, Vera Maria B[illegible]rrera. Do conflito de jurisdições, p. 3 1 .

47. JATAHY, Vera Maria Barrcra. Do conflito de jurisdições, p. 33.

48. JATAHY, Vera Maria Barrera. Do conflito de jurisdições, p. 37.

49. JATAl-IY, Vem Maria Barrera. Do co11flito de jurisdições, p. 37.

50. Alguns doutrinadores consideram que, a rigor, essa expressão é incorreta; utilizam-na pela falta ele outra melhor.





FREDm DIDIER JR.

O juiz, na sua função de examinar a questão da competência, deve, em primeiro lugar, recorrer às normas do capítulo so re competência internacional.

10.2. Competência internacional concorrente ou cumulativa (art. 88, CPC) O art. 88 do CPC especifica as causas em que a competência internacional é concorrente: podem essas causas tambtm ser j ulgadas por tribunais estrangeiros. A sentença proferida no estrangeiro será eficaz no território brasileiro, desde que seja homologada pelo STJ, de acordo com critérios vários, tais como: não ofenda a soberania brasileira, tenha sido exarada por juiz competente, o processo não esteja viciado, transitada em julgado.51

Eis as hipóteses de competência internacional concorrente: a) Se o réu estiver domiciliado no Brasil, não importando a sua nacionalidade. Não há diferenciação entre nacionais e estrangeiros. Reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucU1sal no país (art. 88, I; ver, ainda, art. 1 2 da LIDB); b) Se no Brasil houver de ser cum rida a obrigação; não importa onde ela foi contraída (art. 88, II; ver, ainda, o mesmo art. 1 2 da LLDB); c) Se a ação originar-se de fato ou ato ocorrido no Brasil.

10.3. Competência

1 exclusiva (art. 89, CPC)

O art. 89 do CPC especifica HS causas em que a competência dos tribunais brasileiros é exclusiva. Sentença estrangei1 a proferida em tais casos não pode produzir qualquer efeito no território brasileiro; se1á ato sem qualquer importância. Não há como homologá-la no Brasil.

Eis os casos: a) qualquer ação relativa a imóvel situado no Brasil. O texto é amplo, não se restringindo às ações reais mas, também, às obrigacionais fundadas em direito real, como a locação (arl. 89, I; ver, a nda, o § 1 º do art. 1 2 da LlDB); b) proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional (art. 89, I I).

Doutrinadores há que defe1 dem a tese de que deveria haver nom1a explícita no sentido de excluir a j urisdi1 ão brasileira para causas relativas a imóveis situados no estrangeiro, em razão do princípio da efetividade.

5 1 . Conferir o Regimento Interno do STF, que regula essa matéria a qual era da sua competência até a edição da EC n. 45, que a transferiu ao S1 J: ··Art. 2 J 5. A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Supremo rribunal Federal ou por seu Presidente. Art. 2 1 6. Não será homologada sentença que ofenda a soberania na< ional, a ordem pública e os bons costumes. An. 2 1 7. Constituem requisitos indispensáveis à homologaçãc· de sentença estrangeira: 1 - haver sido proferida por juiz competente; li - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia: 111 -Ter passado cm julgado e estar revestida das formalidades nccssárias à execução no lugar em que for proferida; IV -estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial."

COMPETÊNCIA

1 0.4. Competência concorrente e litispendência (art. 90, CPC)

Para dar ênfase à supremacia da jurisdição nacional em face da estrangeira, o a1t.

90 prevê que a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência no Brasil (STJ, na forma do arl. 1 05, 1, "i", CF/88, introduzida pela EC n. 45). Esta regra, naturalmente, só existe em função dos casos de

competência concorrente, tendo em vista que seria ocioso mencioná-la para os casos de competência exclusiva.

Duas são as j ustificativas: a) sendo concorrente a competência, é natural que a lei interna prefira o julgamento por nossos tribunais; b) a verificação da litispendência haveria de ser feita pelo juiz de primeira instância, tendo ele que examinar se a sentença proferida no estrangeiro possui certos requisitos de admissibilidade para eventual homologação.

Sucede que a competência para isso é do STJ. Assim, teria de fazer um exame provisório e precário de uma matéria que não lhe compete.

1 1 . M ÉTODOS PARA IDENTIFICAR O J UÍZO COMPETENTE

A doutrina desenvolveu métodos para a identificação do juízo competente. São itinerários que devem ser observados. Vejamos dois deles, bastante conhecidos.

Roteiro proposto por Nelson Ne1y Jr. e Rosa Nery:52 a) verificar se a justiça brasileira é competente para julgar a causa (arts. 88/89); b) se for, investigar se é o caso de competência originária de Tribunal ou de órgão jurisdicional atípico (Senado Federal: a1t. 52, 1 e II, CF/88; Câmara dos Deputados: art. 5 1 , L, CF/88; Assembleia Legislativa estadual para julgar governador de Estado); c) não sendo o caso, verificar se é afeto à justiça especial (eleitoral, trabalhista ou militar) ou justiça comum; d) sendo competência da justiça comum, verificar se é da justiça federal (art. 1 09, CF), pois, não sendo, será residualmenle da estadual; e) sendo da justiça estadual, deve-se buscar o foro competente, segundo os critérios do CPC (competência absoluta e relativa, material, funcional, valor da causa e territorial); t) determinado o foro competente, verifica-se o juízo competente, de acordo com o sistema do CPC (prevenção, p. ex.) e das normas de organização judiciária.

I tinerário proposto por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarca e Antônio Carlos Araújo Cintra, no célebre trabalho sobre a Teoria Geral do Processo:53 a) verificar qual a justiça competente; b) verificar se a competência é de tribunal ou de juízo monocrático; c) verificar a competência de foro (comarca, seção, distrito etc.); d) verificar o juízo competente (vara, órgão fracionário de tribunal etc.); e) verificar o juiz competente, a competência interna na vara ou no órgão colegiado; t) verificar a competência recursai para a referida causa.54

52. Código de Processo Civil Comentado - e legislaçcio extravagame em vigo1:

6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

p. 421 .

53. GRINOVER, Ada Pcllegrini, DINAMARCO, Cândido e CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Teoria Gemi do Processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 232-233.

54. Teoria Geral do Processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 232-233.



(

q

d

(competência

fREDIE DIDIER JR.

12. CRITÉRJOS DETERMINATIVOS DE DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA

1 2. 1 . Consideração introdutória

A competência é distribuída de acordo com vários critérios. A doutrina procurou sistematizá-los, dividindo-os em três espécies: o critério objetivo, o critério funcional e o critério territorial.

Em toda causa os três critér os devem ser observados. Por exemplo: em uma ação de alimentos proposta em Salvador, observa-se o critério territorial (Salvador), o objetivo (Vara de Família) e o funcional

originária do juízo monocrático de primeira instância). Há situações em ue um dos critérios é irrelevante, como, por exemplo, o exame da competência territorial de um tribunal superior, que exerce jurisdição em todo o território nacional.

A sistematização é útil do ponto de vista prático, pois auxilia na identificação do juízo competente, e importante. do ponto de vista técnico, pois é a base de que se vale a legislação brasileira para criar as regras de competência absoluta ou relativa.

1 2.2. Objetivo: em razão da matéria, em razão da pessoa e em razão do valor da causa

O critério objetivo é aquele elo qual se leva em consideração a demanda apresentada ao Poder Judiciário como o dado relevante para a distribuição da competência.

É fundamental o conhecimento dos elementos da demanda para a correta compreensão deste critério: partes, pedido e causa de pedir. Com base nos elementos da demanda, distribui-se a competência. As!>im, é possível identificar três sub-critérios objetivos de distribuição da competência.

a) Competência em razão da pessoa: a fixação da competência tendo em conta as partes envolvidas (rationae pe ·sonae). O principal exemplo de competência em razão da pessoa é o da vara privativa da Fazenda Pública, criada para processar e julgar causas que envolvam entes públicos. J-lá casos de competência de tribunal determinada em razão da pessoa, como prerrogativa o exercício de algumas funções (mandado de segurança contra ato do Presidente da República é da competência do STF, por exemplo: art. 1 02, I, "d", CF/88).

Cabe lembrar o enunciado 11. 206 ela súmula do STJ: "A existência de vara privativa, instituída por lei estadual. não altera a competência territorial resultante das leis do processo". O entendimento jurisprudencial é muito importante para esclarecer uma questão prática muito corriqueira: o Estado, uma vez demandando em comarca em que não há vara privativa, costuma alegar a incompetência territorial, sob o fundamento de que ele deveria ser demandado em comarca onde houvesse vara privativa. A alegação do Es·ado, nesta situação, não tem fundamento. A existência de vara privativa implica que, na comarca onde ela existir, as causas contra a Fazenda Pública elevem ser perante ela ajuizadas. Não significa que todas as causas contra a Fazenda Pública devem ;er lá processadas; não se trata de um juízo universal. Se na comarca não há vara pr vativa, a demanda contra o Estado deve ser processada na vara que para tanto tive- competência (uma vara comum, por exemplo).

COMPETÊNCIA

b) Competência em razão da matéria: a competência em razão da matéria é determinada pela natureza da relação jurídica controvertida, definida pelo fato jurídico que lhe dá causa. Assim, é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente. É com base neste critério que as varas de família, cível, penal etc. são criadas.

As competências material e pessoal são exemplos de competência absoluta.

Note que é possível haver uma combinação entre esses critérios. Imagine uma vara da Fazenda Pública, cuja competência se limita ao exame das demandas em que se discutam temas relacionados aos servidores públicos. Há uma competência em razão da pessoa (Vara da Fazenda) e uma competência em razão da matéria (servidores públicos).

c) Competência em razão do valor da causa: há regras de competência que sã.o criadas a partir do valor da causa. O valor da causa é definido a partir do valor do pedido, um dos elementos da demanda. Um bom exemplo de competência em razão do valor da causa é a competência dos Juizados Especiais.

O art. 1 1 1 do CPC permite a modificação da competência em razão do valor da causa.

Seria, portanto, um exemplo de competência relativa. É por isso que o sujeito pode optar por demandar ou não perante o Juizado Especial Cível, no caso de uma demanda cujo valor é inferior ao do teto dos J uizados Especiais.

No entanto, a questão não é tão simples.

A competência dos J uizados Especiais Federais, onde houver, é absoluta (art. 3°. §

3°, Lei Federal n. l 0.259/200 l). O mesmo ocorre com os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública (art. 2°, § 4º, Lei n . 1 2 . J 53/2009). Cria-se, pois, uma regra de competência em razão do valor da causa que é absoluta.

Do mesmo modo, quando há competência em razão do valor da causa, o juízo é absolutamente incompetente para conhecer das causas que extrapolem o limite estabelecido.

Assim, por exemplo, se o juízo somente tiver competência para julgar causas até cem salários-mínimos, se ele conhece e julga uma causa cujo valor é cento e dez salários-mínimos, há incompetência absoluta. Perceba, portanto, que, abaixo do limite imposto pela lei, está-se diante de urna competência relativa; acima do lim ite, de competência absoluta.

A Lei de Juizados Especiais Cíveis facilita, porém, a solução do problema, pois reputa ineficaz a sentença proferida pelo juiz acima do limite por el.a previsto (art.

39 da Lei 9.099/ 1 995). Assim, em vez de discutir a incompetência do juízo em tal situação, se absoluta ou relativa, simplesmente reputa ineficaz a parcela da sentença que exceder o limite legal.

1 2.3. Territorial

Os órgãos jurisdicionais exercem jurisdição nos limites das suas circunscrições territoriais. A competência territorial é a regra que determina em que território a causa 1 6 1

deve ser processada. É o critério que distribui a competência em razão do lugar. Trata

-se de competência, em regra, relativa, derrogável pela vontade das partes. As regras de competência territorial serão examinadas adiante, em item específico.55

12.4. Funcional

12.4.1. Generalidades

A competência funcional - u critério funcional de determinação da competência

- relaciona-se com a distribuição das funções que devem ser exercidas em um mesmo processo. Toma-se por critério de distribuição aspectos endoprocessuais (internos), relacionados ao exercício das divei·sas atribuições que são exigidas do magistrado durante toda a marcha processual.56 "O nitério funcional puro é aquele que poderá ser auferido somente da relação jurídica processual".57

Vicente Greco Filho sistematizou muito bem a competência funcional, que pode ser: a) por graus de j urisdição (originária ou recursa1);58 b) por fases do processo (cognição e execução, p. ex.); c) por objeto do j uízo: uniformização de jurisprudência (art. 4 76 do CPC), declaração de inconstitucionalidade em tribunal (a1t. 480 do CPC) etc.59 A distribuição da competência funcional pode ser visualizada em uma perspectiva horizontal (na mesma instância, como ocorre no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade em tribunal) ou em uma perspectiva vertical (em instâncias diversas, como ocorre com a divisão da competência originária e da competência derivada).

Belo exemplo para visualizJr a competência funcional (no caso, por objeto do juízo) é o do processo de apuração dos crimes dolosos contra a vida: a) ao juiz singular compete pronunciar ou impronunciar o réu, absolvê-lo sumariamente ou desqualificar o crime; b) uma vez pronunciado o réu, cabe ao Conselho de Sentença condenar ou absolvê-lo; c) uma vez condenado, voltam os autos ao Juiz Presidente, para que proceda à dosimetria da pena.

55. " ... 'julgar os fatos no lugar onde eles surgem', afirma o parágrafo 1 8 da Constituição de Maryland de 1 776, 'representa uma das maiore• garantias da vicia, da liberdade e da propriedade do povo'; e a ideia ele que osjuizes devessem ser escolhidos entre os 'homens da vizinhança' e que o julgamento ocorra 'no pais'

do imputado forma desde a Mag11a Charta um dos princípios mais arraigados e resistentes da tradição processual anglo-saxã" (FERRAJOLJ, Luigi. Direito e razão, p. 474.). GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, v. 1, p. 172-173.

56. "Os problemas de competência f•ncional surgem, então, quando o critério básico para a determinação da competência é aquele que encara a função do órgão jurisdicional..." (ARRUDA ALVIM, José Manoel.

Manual de Direito Processual Cii•il. 7 ed. São Paulo: RT. 2000, v. 1, p. 275).

57. VfNCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional - distorções. Revisra de Processo. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.275 (sic).

58. É bom que se esclareça que taml ém é funcional (e, pois, absoluta) a competência do juízo singular para conhecer e julgar originariament< as causas que lhe são atribuídas.

59. Direito processual civil brasileiri-. 1 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 172- 1 73.

COMPETf,NCIA

12.4.2. Competência funcional x Competência territorial absoluta Competência territorial e competência.funcional são conceitos da Teoria Geral do Processo úteis para a compreensão das regras jurídicas de distribuição de competência.

No Direito brasileiro, as regras de competência territorial submetem-se, normalmente, a um regime jurídico dispositivo, de modo que a incompetência territorial é considerada como um defeito que somente pode ser invocado pelo réu, que deve fazê-lo no primeiro momento possível, sob pena de preclusão. Já a

incompetência funcional é considerada como absoluta, portanto pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional, enquanto o processo estiver pendente.

Há, porém, regras de competência territorial, cujo descumprimento se submete ao regime jurídico da incompetência absoluta (art. 95 do CPC brasileiro, p. ex.). Não há qualquer problema nisso: o regime jurídico é determinado pelo direito positivo e não interfere no conceito de competência territorial, que é lógico-jurídico.

Sucede que há quem entenda que, quando fixada para que o órgão jurisdicional possa mais bem exercer as suas funções, a competência territorial é funcional60. Baralham-se, injustificadamente, conceitos que não se identificam. Equivocidade terminológica que se não pode tolerar61•

O a11. 2° da Lei n. 7 .34 7 / 1 985 é um belo exemplo dessa confusão: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa". Trata-se de regra de competência territorial ("foro do local do dano") para a ação civil pública. Ao prescrever que o juízo do foro do local do dano terá "competência funcional" para processar e julgar a causa, o legislador pretendeu impor a essa regra de competência o regime jurídico da incompetência absoluta.

A confusão terminológica é tão evidente, que leis posteriores, percebendo o equívoco, trouxeram redação tecnicamente mais apurada (art. 209 da Lei n. 8.069/1 99062 ; a11. 80

da Lei n. 1 0.74 1 /200363).

60. CHIOVENDA, Giuseppc. /11stituiçõesde Direi/o Processual Civil. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1 969, v. 2, p. 187-195. Também assim LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Cflndido Dinamarco (trad). 2" ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. J , p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislaçüo processual civil extravaganle. 1 J" ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1 .439.

6 1 . Sobre essa confusão terminológica, MOREIRA. José Carlos Barbosa. "A expressão "competência fw1cional"

no art. 2° da Lei da Ação Civil Pública". A ação civil pública após 20 O/los:

efetividade e desafios. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 247-255.

62. Art. 209 da Lei n. 8.069/1 990: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo jufzo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a cornpctl:ncia originária dos tribunais superiores".

63. An. 80 da Lei n. 10.741/2003: "As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores".

fi

[redacted]

o

Demais disso, a criação de outro conceito fundamental (competência territorial

-funcional) também não se justi ca: existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o magistrado não exercerá da melhor maneira possível as suas funções?

Por acaso, é possível dizer que, quando se estabelece o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (an. 94 do CPC), não se objetiva que nesse local possa o magistrado mais bem exercer as suas funções? A dimensão substancial do devido processo legal, norma jurídica processual fundamental, impõe que as regras de competência jurisdicional sejam adequadas a bom exercício da j urisdição.

Registre-se que doutrina maio; recente, percebendo essa confusão, opta por considerar a competência da ação civil pública como exemplo de competência territorial absoluta64.

12.4.3. A competênciajimcional pela vinculação do juiz ao processo - o princ ípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC)

O art. 1 3 2 do CPC estabelece o chamado princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz da sentença deve ser o mesmo que ultimou audiência de instrução e julgamento. Trata-se ele regra ue deriva do princípio ela oralidade, segundo o qual as provas devem ser produzidas perante o magistrado que j ulgará a causa.

Bem a propósito, a lição de Nery Jr. e Nery: "Princípio da oralidade. Consiste no conjunto de sub-princípios que interagem entre si, com o objetivo de fazer com que seja colhida oralme nte a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu.

Compõem a oralidade: a) identidade física do juiz; b) a prevalência da palavra falada sobre a escrita; c) a concentração dos atos processuais na audiência; d) a imediação do juiz na colheita da prova; e) a inapelabilidade, em separado, das decisões interlocutórias".65

O CPC-73 adotou uma solução prática: manteve o princípio da identidade física

do juiz, que vinha desde o CPC-39 (art. 1 20) como regra geral e impositiva, excetuando-se aquelas hipóteses em que a exper iência o desaconselhou.66

A Lei Federal n. 8.637/93 reescreveu o ait. 1 32 do CPC, com o objetivo de manter o princípio da identidade física, desde que restrito ao magistrado que concluir a audiência.

Impõe, com isso, hi pótese de competência funcional e, pois, absoluta. Eis a redação do dispositivo:

64. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. "Interesses difusos e coletivos". Revista trimesn·al de direito público. São Paulo: Malheiros, 1 993, n. 3, p. 193; MENDES, Aluísio Gonçalves. Competência cível da justiça federal.

São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VINC E ZI, Brunela Vieira de. Competência funcional -distorções. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.277-278; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Açãa civil pública e 111eio a111biente. São Paulo: Forense Universitúria. 2003, p. 120- 1 2 1 .

65. Código de Processo Civil comemada e legislação processual civil extravagante em vigo1: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 482.

66. CARNE! RO, Alhos. Jurisdiçcio e competência. 1 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1 85.

COMPETÊNCIA

Art. 1 32. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

A vinculação do juiz ao processo, assim, exige o preenchimento de alguns

requisitos: a) o juiz ter concluído a audiência de instrução e j ulgamento (não basta ter concluído a audiência de conciliação); b) ter havido colheita de prova oral; c) não estiver o juiz, por qualquer motivo, afastado ou impedido.

a) se o juiz não concluiu a audiência, tendo apenas conduzido os atos iniciais, não fica vinculado ao processo; b) embora não haja expressa menção a este requisito, trata-se de conclusão a que se chega com certa facilidade, quando se examina a relação do dispositivo com o princípio da oralidade; c) não obstante não mencione o dispositivo a hipótese do impedimento, é óbvio que se sobrevierem hipóteses em que se comprometa a parcialidade do julgador (arts. 134- 1 35 do CPC), este ficará desvinculado do julgamento da causa.

A propósito, a súmula 262, TFR: "Não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência".

Também assim a súmula 05 do antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro:

"Não há vinculação do juiz que iniciou a audiência mas não colheu qualquer prova".

O desrespeito à regra implica invalidade, pois fere norma que impõe regra cogente de competência. É h ipótese, inclusive, que autoriza aju izamento de ação rescisória (art.

485, II, CPC).

A propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça: "Identidade fisica do juiz. Se houve produção de prova em audiência, o juiz que a presidiu fica vinculado, devendo sentenciar o feito, salvo nas hipóteses previstas no art. 132 do CPC. Trata-se de competência funcional, de caráter absoluto. Recurso conhecido e provido" (Resp 56. 1 1 9- l -PE, rei. Waldemar Zveiter, DJU 04.09 . 1 995, p. 27.829).

A regra, no entanto, é de difícil aplicação prática e tem causado certos transtornos.

O legislador, ciente desta circunstância, retirou a exigência em h ipóteses ele afastamento do magistrado, que, mesmo que tenha terminado a audiência, não fica mais vinculado ao processo. O próprio Alfredo Buzaid manifestou-se na

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

"O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio ela identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao j uízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade fisica do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria. A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico".

165





i

NEXÃO

s

stem

CONCERN N

existem

FREOIE DIDIER JR.

Já em 1975, no Simpósio de Curitiba, chegou-se a essa conclusão, de número IV:

"O juiz transferido, promovido ou aposentado após o tém1ino da instrução não fica vinculado ao processo para o julgamento da lide".

Em razão do acúmulo de sen iço, surgiu, na vida forense, a figura do juiz cooperador ou auxiliar, que exercerá a jurisdição em determinado juízo conjuntamente com o respectivo magistrado titular. Não podem ser redistribuídos ao juiz auxiliar, todavia, aqueles processos conclusos para sentença nos quais o juiz titular tenha concluído o recebimento da prova oral.67

O magistrado que, não tendo colhido a prova, receber a causa, poderá mandar repetir as provas já produzidas, acaso assim entenda necessário.

13. PRINCIPAIS REGRAS DI. COMPETÊNCIA TERJUTORJAL

A regra geral de competência territorial é o domicílio do réu, para as demandas pessoais e para as demandas reais mobiliorias (art. 94, CPC). Se o réu tem mais de um domicílio, fica a critério do autor demandar em qualquer deles - art. 94, § 1 º, do CPC, e art. 7 1 do CC-2002. Se o réu é de domicílio incerto ou desconhecido, poderá ser demandado no foro do domicílio onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor (art. 94, §2º, cio CPC).

Se o réu estiver domiciliado no exterior, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir for a do Brasil, poderá ser proposta em qualquer lugar (art.

94, §3º, do CPC).68 Se houver varios réus com domicílios diferentes, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor (art. 94, §4°, do CPC).

Há, porém foros especiais, que merecem expressa referência.

,

O Código de Defesa do Consumidor determina que o foro competente para a discussão das relações de consumo é o do domicílio do autor-consumidor (art. 1 O 1 , I, do CDC).

É regra que beneficia o consum dor, mas não se trata de regra de competência absoluta, dela podendo abrir mão o beneficiário, elegendo a regra geral, que é a do domicílio do demandado.

O Estatuto do Idoso, no ati 80, detem1ina a competência absoluta do domicílio do idoso para as causas de que cuida o capítulo em que o artigo está inserido (direitos difusos, 67. CARNEIRO, A thos. Jurisdiçéio ect 111petência. 1 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 192. Ainda sobre o tema, STJ, REsp. 58.043, rei. Min. Torrei o Braz, DJU de 10.04.1995, p. 9300.

68. Recente julgado do STJ confinna o que diz o dispositivo, mas adverte que a sua aplicação encerra algumas limitações: "COMPETÊNCIA. CO

DE CAUSA. INAPLICAÇÃO DA REGRA

E TE

À PREVENÇÃO EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DE UM DOS JUÍZOS

ENVOLVIDOS. ART. 94. §

3º, DO CPC. No litisconsórcio pa sivo, se uma das rés tem sede no exterior e as outras no Brasil, a ação deve ser proposta no foro do domidlio destas, e não no da autora, pois a disposição do § 3º do art. 94 do CPC apenas se aplica se não

outras litisconsortes com sede no Brasil" (REsp nº 223.742-PR).

"A prevenção não é critério de determinação da competência e, sim, ele fixação da competência. A sua aplicação pressupõe que os dois juízo5 envolvidos sejam igualmente competentes, o que não se dá na espécie presente. Conflito conhecido, dech rado competente o M M . Juízo da 43" Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro." (CC 29684 / RJ, Rei. Min. Barros Montciro,j. 1 1 . 1 0.2000).

coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos). Essa referência tem de ser interpretada como se dissesse respeito apenas às causas coletivas. No âmbito individual, o idoso terá o beneficio, assim como o alimentando, de demandar e ser demandado em seu domicílio, mas se trata de hipótese de competência relativa.69

O CPC estabelece (art. 95) a regra geral para as ações reais imobiliárias: competente será o juízo da situação da coisa,forum rei sitae. Estabelecem-se,

porém, foros concorrentes: domicílio do réu ou foro de eleição, cabendo a escolha ao autor. No entanto, essa escolha não será possível nos casos de demandas que versem sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, nunciação de obra nova, divisão e demarcação de terras.

Nesses casos, a competência é territorial absoluta.

A ação pauliana (invalidação do negócio jurídico em razão de fraude contra credores) tem natureza pessoal, mesmo se o negócio que se pretenda desconstituir tiver por objeto um imóvel. 10

As ações edilícias (arts. 44 1-442, Código Civil/2002, redibitória e quanti minoris)71

também têm natureza de ação pessoal, e, mesmo se disserem respeito a imóveis, não se submetem à regra do art. 95 do CPC. São os meios processuais para dar efeito à garantia de proteção contra os vícios ocultos da coisa; pode o adquirente utilizar-se de uma ou de outra, mas não lhe é dado cumulá-las.

A ação ex empto (art. 500, Código Civil/2002) também tem natureza pessoal, não se submetendo à regra especial do art. 95 do CPC. Trata-se de ação para os casos de venda ad mensuram (aquela em que se determina a área do imóvel vendido, estipulando-se o preço por medida de extensão): poderá o comprador ingressar com ação, ao objetivo de que seja entregue a parte faltante da coisa.72

69. Recomenda-se a leitura do seguinte artigo: YARSHELL, Flávio Luiz. Competência 110 Estatuto do Idoso (Lei n. 10. 74112003). Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 29. 1 2.2004, 13h48.

70. Convém reproduzir este julgado do STJ, que parece baralhar os conceitos: "A ação ajuizada não versa somente sobre a simples declaração de nulidade de procuração considerada falsa, mas, também, sobre a declaração de nulidade cio próprio registro da escritura de compra e venda efetivada por meio daquela procuração, confom1e requerido pelo autor. Por isso a Seção considerou que, embora não se trate propriamente de uma ação anulatória de escritura de compra e vencia, no caso a ação está entre aquelas descritas no art.

95 do CPC. Em se tratando ele ação sobre direito real, é co111petente o juízo do foro da situação do i1116vel.

Precedentes citados do STF: RE 84.698-Pl, DJ 8/9/1 976, e RE 99.395-SC, DJ 1°/711983. CC 26.293-SC, Rei. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1 8/2/2002".

7 1 . Chamam-se edilícias, "porque se devem, com fisionomia semelhante à que têm hoje, aos edis curuis da velha Roma. No antigo direito romano, muito li111ítada era a responsabilidade do alienante pelos vícios ocultos da coisa. Foram aqueles magistrados, com o fim de sanear as vendas de gado e de escravos nos mercados, onde era frequente a prática de fraudes, que concederam ao adquirente lesado a aclio redhibitoria e a actio aestimaloria ou quanti minoris ... ". MOREIRA, José Carlos Barbosa.

"Quanti minoris". Direito processual cível (ensaios e parecere). Rio de Janeiro: Borsoi, 197 1 , p. 204.

72. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery a consideram um exemplo de ação real e, então, deverá ser proposta no foro da sinmção da coisa (Código de Processo Civil comentado e legislaçcio extravagante. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 561).

s

sem

São exemplos de outras ações reais:13 a) confessória: funda-se na propriedade e na servidão e visa ao reconhecimento de servidão e a respeitar os seus l imites; b) demolitória: funda-se na propriedade e nos direitos de vizinhança e visa à demolição de prédio construíd em desrespeito às regras do direito de vizinhança; c) discriminatória: visa a d scrirninar as terras devolutas; d) imissão na posse: busca-se a posse com base no domínio, sem que se tenha tido anteriom1ente a posse vindicada; e) publiciana: é a reivindicatória proposta por quem usucapiu o bem, mas não teve reconhecida por sentença a usucapião, é a "reivindicatória do proprietário de fato" (Nelson Nery Jr.), t a reivindicatória sem título; f) reivindicatória: ação do proprietário que tinha a posse e a perdeu; g) negatória: funda-se no direito de propriedade e tem o objetive de impedir "que a plenitude do domínio seja violada pela constituição de injusta t,ervidão".74

O rut. 96 do CPC cuida do foro de sucessão ou do "de cujus". A regra geral é a de que o foro de domicílio do autor t.la herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumpri mento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Trata-se de competência relativa.75 Quando o espólio for réu em litígios sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, div isão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, o foro é de competência do dom icílio da coisa, e não o do autor da herança, pois aquele prevalece sobre esse. Se o de cujus não tinha domicílio ce1to, o foro será o da situação dos bens (art. 96, parágrafo único, I, do CPC) ou, se houver bens em diversas localidades, competente será o foro do lugar em que ocorreu o óbito (art. 96, parágrafo único, II, do CPC).

Nas ações em que o ausenre for réu, o foro será o do seu último domicílio (rut. 97

do CPC). Da mesma maneira do que ocorre com o caso acima, em se tratando

das ações enumeradas no art. 95, a competência será a do foro da situação da coisa, que é absoluta na maior parte dos casos.

Nas ações contra incapaz, competente será o foro do domicílio do seu representante (art. 98, CPC; art. 76, par. ún., CC-2002).

O art. 1 00, 1, CPC estabelece um foro da residência da mulher para as ações de

,

anulação de casamento e divórcio. Parece-nos que esse discrímen é irrazoável e inconstitucional, notadamente se feito o exame das particularidades do caso concreto, tendo

em vista a equiparação de direitos e deveres entre os cônjuges, estabelecida pela CF/88.

Se, em um dado caso concreto. um cônjuge estiver em uma posição mais fragil izada do que a do outro, é possível imaginar un1 foro privilegiado mas sempre in concreto, jamais

,

73. Indica-se a leitura do "Quadro Prático das Principais Ações Reais e dos Interditos Possessórios" e laborado por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (Código ele Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8 ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 1 .232-1 .236).

74. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.

8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1 .2'.\5.

75. Enunciado 58 da súmula da jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos: "Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Cc digo de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que ex.istente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicilio do inventariado".

a priori. A j urisprudência ainda vacila, havendo precedentes que continuam aplicando o inciso I e outros que o repelem76• É, porém, regra de competência relativa, que admite, portanto, prorrogação.77 De todo modo, o STJ entendeu que, se constitucional esse beneficio, a interpretação haverá de ser restritiva, não se estendendo às ações de dissolução de união estável (STJ, 4" T., REsp 327.086/PR, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08. 1 0.2002, DJ de 1

0.02.2003 - recomenda-se a leitura deste julgado, que traz belo apanhado doutrinário sobre o tema, no voto do relator).

Nas ações em que se pedem alimentos, será o foro do domicílio ou residência do alimentando o competente para apreciá-las (art. 1 00, 11, CPC). Quando cumulada com investigação de paternidade, prevalece o foro do alimentando - enunciado O 1 da súmula do STJ. Na ação revisionai de alimentos, também incide a regra.

As demandas cíveis em cuja causa de pedir se afirme a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher (a enumeração exemplificativa de formas de violência doméstica e familiar à mulher encontra-se no art. 7° da Lei Federal n. 1 1 .340/2006) poderão tramitar, à escolha da autora, no foro a) do seu domicílio ou residência, b) do lugar do fato em que se baseia a demanda, e) do domicílio do suposto agressor (art. 1 5, Lei Federal n. 1 1 .340/2006). Trata-se de uma hipótese em que há foros concorrentes, cuja escolha cabe à demandante. É hipótese de competência relativa, disponível, portanto. O tratamento privilegiado dado à mulher, neste caso, justifica-se pela situação de fragi lidade em que se encontra quando é vítima de violência doméstica. É preciso, pois, 76. O STF, ern 20 1 1 , entendeu que o inciso é constitucional (noticiário do STF de 22.1 1.201 1), cuja nota se transcreve: "A norrna do Código de Processo Civi 1 (CPC) segundo a qual o foro competente para processar e julgar ação de separação judicial é o da residência da mulher (artigo 1 00, inciso 1) não ofende o princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (artigo 5°, inciso 1). A matéria foi debatida na tarde de hoje (22) na sessão da Segunda Tunna do Supremo Tribunal Federal (STF) durante julgamento de recurso extraordinário (RE) relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, no qual os ministros entenderam, por unanimidade de votos, que a norma do CPC foi recepcionada pela Constituição de 1988. No RE, o requerente argumentou que a nonna do CPC viola o princípio da isonomia entre homens e mulheres, previsto no artigo 5º, inciso 1, da Constituição Federal, bem como o parágrafo 5° do artigo 226, segundo o qual "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." O ministro Joaquim Barbosa iniciou seu voto afirmando a competência da Turma para julgar o recurso, tendo em vista que não se tratava de análise ou eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo atacado, mas sim ele sua recepção pela Constituição de 1988. O ministro lembrou que há três correntes de doutrina e jurisprudência acerca do artigo 100, inciso 1, do CPC. A primeira delas entende por sua não recepção pela Constituição ele 1988; a segunda, pela recepção; e a

terceira, pela recepção condicionada a circunstâncias específicas cio caso, especialmente levando-se em conta o fato de a mulher se encontrar em posição efetivamente desvantajosa em relação ao marido. "Entendo que o inciso 1 do artigo do CPC não se contrapõe ao princípio da isonomia entre homens e mulheres. Em primeiro lugar porque não se trata de um privilégio estabelecido cm favor das mulheres, mas de uma norma que visa dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e ainda hoje se encontra em situação menos favorável do ponto de vista econômico e financeiro. Assim, a propositura da ação de separação judicial no foro do domicilio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição ele Rui Barbosa, de que este consiste em 'tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam'", afirmou o relator".

77. STJ, 3• T., Resp n. 27.483/SP, rei. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.03. 1 997, DJ de 07.04. 1997, p. 1 1 . 1 12.



N

O

O

S

que a demandante afirme a ocorrência deste ilícito para que incida a hipótese

legal e se lhe permita a escolha de foros. ão haverá essa opção, por exemplo, em outras ações de família que não se baseiem n a alegada prática violenta de que tenha sido vítima. A escolha do foro pode ser feita perante a mesma autoridade policial competente para proceder ao registro da ocorrênc a da violência, que, de acordo com a lei, tem o poder de remeter ao juízo competente (que poderá ser o que a alegada vítima escolher) o pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência" (art. 1 2, I I I, c/c art. 22 e segs., Lei Federal n. 1 1 .340/2006).

É do juízo do domicílio do devedor a competência para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos (art. 1 00, I l i, CPC).

Quando a pessoa jurídica é demandada, competente é o juízo do lugar onde está a sua sede (art. 1 00, IV, "a"). Se se tratar de agência ou sucursal, a demanda deverá ser proposta em suas respectivas sedes, se versarem sobre obrigações por elas contraídas (art.

1 00, TV, "b"). Se a ré for sociedade em comum (antiga sociedade de fato), a causa deve ser ajuizada no lugar de sua atividade principal (art. 1 00, IV, "c").

A alínea "d" do inciso lV d art. 100 do CPC estabelece o forum obligationis ou forum destinatae solutionis, o for para o cumprimento de obrigações. A ação em que se exigir o cumprimento de obrigaç.1o deve ser ajuizada perante o foro do lugar onde deve ser satisfeita. Essa alínea incide para os casos de obrigação contratual . Se a ação visar à anulação do contrato ou à declaração de sua validade, a competência será a cio domicílio do réu.78-79 No entanto, parece que a jurisprudência do STJ caminha em outra direção.

Veja o julgado: "A jurisprudência do STJ consolidou entendimento registrando que pretensões desconstitutivas ou executórias devem ser propostas no foro onde se devem cumprir tais avenças. (STJ, 3" T., REsp. n. 52.012, rei. Walclemar Zveiter, j. 14.08. 1 995, DJ de 1 3. 1 1 . 1 995).

"Embora o Código de Processo Civil se refira textualmente apenas às ações destinadas a exigir o cumprimento da obrigação avençada, os motivos inspiradores da regra de competência aplicar-5e-ão igualmente às demandas pelas quais se pretenda indenização como sucedâneo da prestação, seu equivalente em pecúnia". (2002, p.

91). Nesse sentido, "Tratando-se de demanda relativa à reparação de dano, o foro competente é o do lugar onde se dará o cumprimento das obrigações

pactuadas.

Inteligência da regra do art. 1 00, IV, b e d, do CPC". (Resp. 84.642, 3" Turma do STJ, rei. Waldemar Zveiter, DJ de 24.06 . 1 996, p. 22.757).

Cumpre pontuar, porém, o art. 39 da Lei Federal n. 4.886/65, que estabelece regra especial de competência para as ações oriundas do contrato de representação comercial: o domicílio do representante comercial. Há decisões do STJ que reconhecem natureza 78. BARBI, Celso Agrícola. Comemário. ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

p. 277.

79. Código de Processo Civil Comemado - e legislação e.x1rarngcmte em vigo1: 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

p. 448.

de competência absoluta a essa regra, o que tornaria ilícita a cláusula de foro de eleição que a modificasse (Y T., REsp n. 608.983/MG, rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j .

1 6.03.2004, DJ d e 1 2.04.2004; 4ª. T., REsp n. 1 49.759, rei. M in. Sálvio d e Figueiredo Teixeira, j. 24.06. 1 998, DJ de 2 1 .09. 1998; 4ª. T., REsp n. 47.074, rei. Ruy Rosado Aguiar, j. 29. 1 1 . 1 994, DJ de 06.02. 1 995). Em sentido contrário, entende11do tratar-se de hipótese de competência relativa, STJ, 2". S., CC n. 1 9.849/PR, rei. Min. Costa Leite, j .

l 0. 1 2. 1 997, DJ d e 1 3 .04. 1 998. Há outro julgado que não adentra essa discussão, mas afirma que, constatada a hipossuficiência do representante, deve prevalecer a regra especial de competência, em detrimento da cláusula de foro de eleição (4ª. T., REsp n. 533.230/RS, rei. César Asfor Rocha, j. 02.09.2003, DJ de 03. 1 1 .2003). Há, ainda, uma decisão, que reconhece como relativa a regra de competência desse art. 39, "podendo ser l ivremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial" (2ª S., STJ, EREsp n. 579.324/SC, rei. Min. Nancy Andrighi,j. em 1 2.03.2008, publicado no DJ de 02.04.2008).

E ainda há mais regras ...

Na ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios, competente será o juízo do lugar do ato ou fato da gestão (art. 1 00, V, "b").

O inciso V do art. 1 00 do CPC estabelece oforum comissi delicti foro para ação de

-

responsabilidade civil extracontratual (art. 1 00, V, "a"): é o foro do lugar do fato ou ato.

Justifica-se a regra como medida de economia, tendo em vista a possibilidade de se fazerem perícias no local do dano, com menos custos. Quando a reparação do dano se der em razão de acidente de veículo ou delito (ação civil ex delicio) : haverá foros concorrentes, pois poderá ser o foro do autor ou do local do fato, ou ainda, se optar o autor, o foro geral (art. 1 00, parágrafo único, CPC). O réu não pode opor-se à opção feita pelo autor, nem mesmo se o autor não optar pelo seu domicílio.

Ex1ensão do privilégio à seguradora. "Esse foro excepcional, assegurado à

vítima de delito ou de acidente de veículo, em homenagem a sua situação pessoal, 'constitui prerrogativa processual que não se trnnsmite ao que se sub-roga no direito de receber indenização' (STJ, 3ª T., R.Esp n. 1 7.794, rei. Min. Nilson Naves, j. 3 1 .08.1 992, DJ

de 1 3 . 1 0. 1 992; 4". T., REsp n. 1 9.767/CE, rei. Min. Barros Monteiro,j. 23. 1 1 . 1 993, DJ de 07.02. 1 994, p. 1 . 1 85). Assim, a seguradora sub-rogada nos diretos da vítima, sua segurada, em termos ele direito material coloca-se na posição do antigo credor da indenização, mas não em termos de direito processual; permitir destarte que a demanda seja ajuizada na sede da empresa seguradora é consequência que não estará na mens legis".8º

Para terminar o exame da competência territorial, convém tecer algumas considerações sobre os foros distritais (a divisão territorial da comarca, que se faz por distritos; a comarca, produto de uma d ivisão territorial, é também repartida). I n forma Athos Carneiro que a inclinação predominante é no sentido de serem considerados tais foros 80. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Co111pe1ência. 1 1 ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 . p. 107.



15

federais

FREDIE DIDIER JR.

como absolutos, pois a sua instituição decorreria de razões de ordem pública, como distribuir melhor a justiça. Doutrinadores e alguns tribunais entendem que a distribuição de competência nos chanados foros regionais ou varas distritais - o mesmo acontecendo com as varas

do interior- é motivada por razões de ordem pública,

sendo, portanto, improrrogável. O enunciado o. 03 da súmula do TJRS confirma isso:

"Na comarca da Capital, a repartição dos feitos entre o Foro centralizado e os Foros regionais é motivada por razões de ordem pública, autorizados os j uízes a, de ofício, declinar da competência entre os referidos foros, obedecidos os preceitos do COJE e dos arts. 94 a 1 1 1 do CPC".

A Justiça Federal divide-se territorialmente em seçõesjudiciárias. Cada Estado-membro corresponde a uma seção. A .1eção judiciária divide-se, por sua vez, em subseções: distribuição da competência federal dentro do território do Estado-membro. A subseção está para a seção judiciária assim como o distrito está para a comarca.

Exatamente em razão disso. tem-se entendido que a divisão territorial da seção judiciária gera hipótese de competência territorial absoluta (equivocadamente tratada como competênciafimcional, co soante já visto), cujo desrespeito admite, por exemplo, o reconhecimento ex officio pelo magistrado. Trata-se de orientação bastante consolidada (ver, por exemplo, TRF 1 • Região, 2º T., AC n. 1 999.38.00.03 1 604-6/MG, rei. Des.

Catão Alves, j . 1 6.06.2004, publicado no DJ de 05.08.2004, p. 1 2). Essa é a razão para considerar lícita a redistribuição dos processos para as novas subseções, de acordo com a nova divisão teITitorial da competência: como se trata de alteração superveniente de competência absoluta (ainda que territorial), excepciona-se a regra da pe1petuação da jurisdição prevista no art. 87 do CPC.

O STF, porém, ao editar o enunciado n. 689 da súmula da sua jurisprudência predominante, parece ter entendido de outra forma, pois permitiu que o segurado, domiciliado em município do interior que possui sede de Justiça Federal, demande contra o lNSS no juízo federal da capital: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".

14. MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNClA

14.l. Generalidades

Para analisar os casos de modificação de competência, há de se ter em vista a classificação da competência em absoluta e relativa. Dar-se-á a modificação/prorrogação de competência quando se amplia a esfera de competência de u m órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais. Só há modificação da competência relativa: arts. 1 02 e 1 1 4, CPC.

Há casos de modificação legal (conexão e continência) e voluntária (foro de eleição e não oposição da exceção de inrnmpetência) da competência.

Vejamo-los.

COMPETÊNCIA

14.2. Não-oposição da exceção de incompetência

A incompetência relativa é arguida por meio de exceção. Não sendo oposta a exceção declinatória do foro, proIToga-se a competência. Se não opuser em ação cautelar preparatória, não poderá opor na principal: terá havido prorrogação.

O Ministério Público só pode arguir a exceção quando for réu; nunca como custos legis, porquanto esteja dentro do âmbito de disposição das partes.

Admite-se, porém, que, no caso em que a sua intervenção se dê em razão da presença de incapaz, possa arguir a incompetência relativa.

14.3. Foro de eleição (art. l l J , CPC)

14.3.1. Generalidades

Como já dito, a competência relativa pode ser derrogada pela vontade das partes, que elegerão foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. O

que se elege é o foro, não o juízo. Trata-se de norma que dá aplicação ao disposto no art. 78 do CC-2002. É um caso de prorrogação voluntária da competência, assim como a não-oposição de exceção de incompetência. O acordo há de constar de negócio escrito, aludindo expressamente a determinado negócio jurídico. Anote-se, nessa linha, que não há qualquer óbice à eleição de mais de um foro pelas partes contratantes. Pense-se no exemplo da eleição de dois foros contratuais: um para a hipótese de ser paite autora o contratante "A" e outro para o caso de o demandante ser o contratante "B". Nada impede, ainda, que, em um mesmo negócio jurídico, haja a eleição do foro e a convenção de arbitragem; nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do j uízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda por medidas uJgentes, ambas h ipóteses que fogem da competência do juízo arbitral.

Ao foro de eleição devem submeter-se todos os litígios relacionados ao contrato que o instituiu? Tendo feito amplo apanhado histórico, Moniz de Aragão demonstra que a cláusula de foro de eleição serve para fixar a competência em processos que resultam da obrigação do contrato; ação emanada do contrato, inclu indo também aquelas que discutam a sua i nterpretação. O texto do art. 78 do CC-2002 parece indicar exatamente este sentido: "Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". Deve-se entender a referência a contrato, como se fosse a "negócio jurídico", expressão com sentido mais amplo.

"A competência do foro de eleição se restringe às questões que resultam do contrato em que foi ele especificado. Segue-se que somente as ações cuja causa petendi decorre do contrato é que devem ser propostas no foro de eleição. É o que sucederia, por exemplo, com a cobrança de prestações estabelecidas no contrato, ou mesmo na hipótese da rescisão deste último por inadimplemento, ou

seja, pelo não-pagamento das prestações nele estabelecidas. Diverso, por exemplo, é o caso de anulação por vício de vontade, ou de declaração de nulidade por ilicitude do objeto, hipóteses em 173

que a causa petendi não emana do contrato, mas de fatos jurídicos a ele externos e mesmo anteriores".81

Entretanto, há j ulgados que, mesmo em causas que versem sobre a validade do contrato, não excluem a competência do foro de eleição para processar e julgar a demanda, sob o fundamento de que se a ação con-e entre partes contratantes que estipularam entre si a cláusula do foro de eleição, não i.e j ustifica a exclusão do foro eleito simplesmente por versar a demanda sobre a ioval idaue do pacto; j ustificaria, isso sim, acaso os demandantes não houvessem sido parte originária da celebração da avença, ao passo em que suas disposições não refletiriam sua vontade negocial.82 Adotando essa postura, o Min istro Ruy Rosado de Aguiar, ao decidi1 o Recurso Especial n.º 287.600 PR, assim dispôs:

-

"Os recorrentes ainda trazen à colação r. acórdão da egrégia Terceira Turma, segundo o qual, em caso de anulação de contrato, "não aplica-se a cláusula de foro de eleição, mas sim as n:gras gerais sobre o foro competente' (R.Esp 6237, rei. M in. Cláudio Santos). Ocorre que aquele precedente foi firmado diante de hipótese em que 'os agravantes não celebraram o contrato de arrendamento, dele permaneceram à margem, mas agora, como herdeiros e interessados, objetivam a decretação de sua nulidade, pelos vícios apontados, com retroação dos seus efeitos'. A situação, como se vê, era diversa, tendo sido naquele caso afastada a regra de eleição de foro a pedido da parte que não figurou no contrato e alegou sua invalidade, pelo que se entendeu que não poderia ter sua ação regida por contrato que não subscreveu e pretendia anular. Não é o que acontece aqui, sendo a ação entre partes contratantes, nada alegado quanto à livre manifestação de vontade na escolha do foro".

14.3.2. Invalidade de cláusula de foro de eleiç<io e remessa dos autos ao juízo competente (art. 112, par. ún., CPC). Nova hipâtese de prorrogação da competência (art. 114 do CPC) A Lei Federal n. 1 1 .280/2006, ao introduzir o parágrafo único ao art. 1 1 2 do CPC, resolveu definitivamente antiga q estão: saber se o magistrado, ex o.fficio, poderia, invalidando cláusula abusiva de foro contratual em contrato de adesão, reconhecer a sua incompetência e, em seguida, remeter os autos ao juízo competente.

Parece que, agora, não há mais dúvida: a resposta a essa pergunta é afirmativa, conforme clara redação do parágnfo único do art. 1 1 2: "Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de oficio pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu".

8 1 . ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Notas sobre o foro de eleição". Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 99, p. 155-156.

82. Nessa linha, ainda, o seguinte arcsw: "PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMl'ETÊNClA.

CONTRATO. FORO DE ELEIÇÃO. PREVALÊNClA. Consoante entendimento perfilhado pela Terceira Turma em casos idênticos aos deste> autos, inexiste, na hipótese, situação excepcional que justifique o afastamento da regra insculpida no ar igo 1 1 1 do Código de Processo Civil, devendo prevalecer o foro eleito contratualmente". (RESP n. 494.037/BA, rei. Min. Castro Filho. publicado no DJ de 23.06.2003, p. 369).

COMPETÊNCIA

A questão era usualmente formulada para as causas de consumo, em razão do peculiar regramento que a invalidação das cláusulas abusivas de tais contratos possui (art. 5 1 CDC).

O legislador reformista, porém, como se vê do texto do mencionado parágrafo único, não restringiu esse poder aos contratos de consumo: exige-se, apenas, que se trate de cláusula abusiva em contrato de adesão, de consumo ou não.

Convém, por isso, entender a controvérsia que inspirou o legislador reformista. Para tanto, é indispensável que se estabeleçam algumas premissas.

a) O foro de eleição ou foro contratual é uma cláusula negocial, pela qual as pattes do negócio escolhem um foro perante o qual devem ser aj uizadas eventuais demandas relacionadas ao respectivo negócio jurídico. Relaciona-se, assim, com a competência territorial, que de regra é relativa.

b) Conforme assentada concepção doulrinária83 e jurisprudencial (súmula do STJ, n.

33), o magistrado não pode conhecer ex ofjicio de sua incompetência relativa.

c) É possível cláusula de foro de eleição em contrato de consumo, desde que não seja abusiva. Considera-se abusiva a cláusula de foro de eleição em contratos de consumo: i) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; ii) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; iii) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (STJ, 4ª T., Resp. 56. 7 1 1 -4-SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo,j. 07.02. 1995). Os fundamentos servem, mutatis mutandis, para os negócios que não são de consumo.

d) É possível ao magistrado inval idar, ex ofjicio, a cláusula contratual abusiva de consumo, porquanto, à luz do art. 5 1 do CDC, são nulas de "pleno direito".

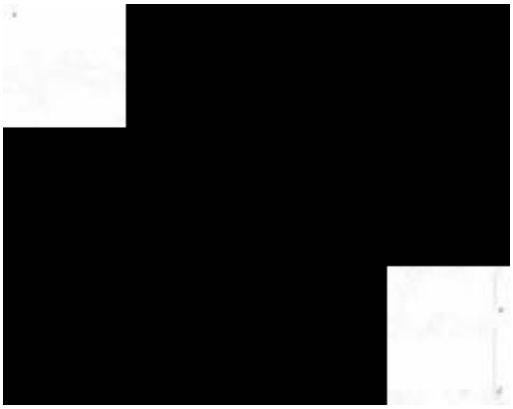
e) Vejamos um exemplo. O fornecedor ajuíza determinada demanda relacionada a um contrato de consumo no foro de eleição, que, por acaso, não é o foro do domicílio do consumidor. O magistrado pode, ao receber a petição inicial, verificando a abusividade da cláusula, invalidá-la, tornando-a ineficaz. Corno a cláusula de foro de eleição não tem mais eficácia, prevalece a regra geral da competência territorial prevista no CPC, art. 94: competência do domicílio do demandado, que é o consumidor. Isto é indiscutível. A dúvida, porém, era outra: poderia, então, o magistrado declinar da sua competência, remetendo os autos ao juízo competente?

Aplicando o entendimento clássico sobre o tema, embora pudesse reconhecer a ineficácia da cláusula abusiva, não poderia o juiz remeter os autos ao juízo

competente, 83. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Pode o juiz declarar de oficio a incompetência relativa?". Temas de direito processual - Quinta série. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 63-76; DINAMARCO, Cândido Rangel.

"Declaração ex-ojficio da incompetência relativa?" Fundamentos do Processo Civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, t. 1, p. 47 1-48 1 .

1 75



porquanto a sua incompetência, qu e no caso é territorial, portanto relativa, é insuscetível de reconhecimento ex officio.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência seguiram outro caminho. A despeito das premissas levantadas, e com fundamento na circunstância de serem de ordem pública as normas relacionadas à proteção do consumidor (art. 1 º, CDC), tem-se admitido que, reconhecendo o magistrado a ineficácia da cláusula de foro de eleição, poderia ele remeter os autos ao juízo competente. Embora se trate (a escolha de foro) de conduta lícita, prevista na legislação processual, a questão deve ser analisada à luz do direito material, porque objeto de disposição contratual em relação de consumo.

O Superior Tribunal de Justiç.1 já se posicionara sobre o tema:

"A vigência do Código de Defesa do Consumidor trouxe significativa modifica

ção no entendimento que tinba consagrado a jurisprudência desta Corte quanto a determinados institutos processuais, como por exemplo a natureza relativa da competência territorial que, quando em choque com os princípios estabelecidos naquele diploma não pode sei derrogada pela vontade das partes".84

"Conflito de competência. Clausula eletiva de foro lançada em contrato de adesão.

Nulidade com base na di.ficuld&#65533; de de acesso ao judiciário com prejuízo à ampla defesa do réu. Caráter de ordem pública da norma. Código de Defesa do Consumidor. Lnaplicabilidade do enunciado nº 33 da súmula/STJ. Precedentes. Conflito procedente.

-Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva de foro, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, toma absoluta a competência cio foro do domicílio do réu, afastando a incidência do emmciado nº 33 da súmula/ST.J".85

Percebe-se, pois, que a Lei Federal n. 1 1 .280/2006 consagrou esse entendimento, estendendo-o a todos os contrato de adesão, e não somente os de consumo.

Sucede que essa lei trouxe uma novidade, ao alterar a redação do art. 1 1 4 do CPC, inovando em tema de prorrogação da competência. Afirma-se, agora, que: "Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 1 1 2 desta Lei ou o réu não opuser exceção <lecl inatória nos casos e prazos legais".

De acordo com a redação arterior, a competência prorrogar-se-ia se não houvesse oposição do demandado - prorrogação tácita da competência. Agora, haverá também a prorrogação se o magistrado não declinar da competência, na forma do parágrafo único do art. 1 1 2 (invalidade de cláusula de foro de eleição abusiva).

O sistema de reconheci mente da incompetência foi alterado. É preciso perceber isso.

Explico.

84. Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, C'C 26.842-DF.

85. STJ, 2' S., CC 2 1 .433-RN. Rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 1 1 . 1 1 . 1 998, publicado no DJ

de l 5.ü3. l 999, p. 8 1 .

COMPETÊNCIA

Acostumamo-nos a ensinar aos alunos que a incompetência absoluta pode ser reconhecida ex officio e em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 1 1 3 do CPC), sem preclusão; a incompetência relativa somente poderia ser alegada pelo réu e no primeiro momento que lhe coubesse falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 1 1 4 do CPC).

O legislador reformista inovou: há hipótese de incompetência que pode ser conhecida ex officio, mas não pode sê-lo a qualquer tempo. É um novo regime

jurídico de reconhecimento de incompetência, com características dos outros dois (poderíamos adjetivá-lo de misto): a incompetência decorrente da invalidade de cláusula de foro contratual pode ser reconhecida ex officio (traço do regime de reconhecimento da incompetência absoluta), mas é suscetível de preclusão (traço do regime da incompetência relativa) - urna preclusão para o juiz.

Assim, deve o magistrado, ao examinar a admissibilidade da petição inicial, verificar a possível incidência do parágrafo único do art. 1 1 2 ; se o juiz determinar a citação do réu, não poderá mais declinar, ex officio, da competência por força do mencionado parágrafo.

Caberá ao réu opor a exceção de incompetência, podendo, inclusive, alegar a abusividade da cláusula de foro de eleição.

Existem defeitos processuais que, embora possam ser reconhecidos ex officio pelo juiz, se não o forem até certo momento, ensejam preclusão. Trata-se do tipo de defeito cuja identificação é a mais difícil. É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para mitigar a regra de que toda invalidade que pode ser decretada ex officio pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as finalidades do processo (ver capítulo sobre as invalidades processuais). A nova redação do art. 1 1 4 do CPC é um bom exemplo deste tipo de defeito processual.

14.4. Conexão e continência

14.4.1. Considerações gera is sobre a conexão. Conceitos legais de conexão e continência.

Insuficiência do conceito legal. A conexão por prejudicialidade ou por preliminaridade Conexão é uma relação de semelhança entre demandas, que é considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas distintas, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito jurídico-positivo: cabe ao direito positivo de cada país estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos.

Não há um conceito universal (lógico-j urídico) de conexão.

A conexão no processo penal, por exemplo, pode configurar-se quando houver acusação de prática de crimes por pessoas que estão vinculadas. Já no processo civil, normalmente reputam-se conexas demandas que possuam identidade de algum dos seus elementos objetivos (pedido ou causa de pedir) idênticos (p. ex.: art.

1 03 do CPC brasileiro). Cogita-se de conexão até mesmo quando o vínculo entre demandas se estabelece pela semelhança do objeto da prova (conexão probatória), 1 77



São

FREDIE DrmER JR.

como é exemplo o inciso Il do art. 6° da proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos fomrnlada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.86

Diversos institutos processuais pressupõem conexão, tais como a cumulação de pedidos, o litisconsórcio, a reconvenção, a modificação de competência etc. A conexão pode caracterizar-se de maneira diferente para cada um desses institutos. Assim, é possível falar de conexão para modificação de competência, que se baseie em certo nível de vínculo entre as demandas, e de conexão como pressuposto para a reconvenção, que se verifica a partir do preenchimento de pressupostos diferentes.87

A conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a modificação da com petência relativa, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas. Esta é a conexão examinada neste item.

O regramento da continência é semelhante e, de acordo com o direito processual civil brasileiro, é um exemplo de conexão, produzindo os mesmos efeitos desta. Devem, pois, ser estudadas conjuntamente. O que se falar sobre a conexão vale, também, para a continência, ao menos no processo civil brasileiro.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em u m mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque ele atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão. O art. 1 05 do CPC diz que o juiz pode reunir os processos em se tratando de ações conexas. Na verdade, se houver conexão, aliada ao risco de decisões contraditórias e a possibilidade de reunião, o magistrado deve reunir os processos, pois se trata de norma processual cogente. A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional uma competência absoluta, por isso ele pode

conhecer de oficio desta alteração de competência. Esse é o regramento básico do instituto no CPC (aris. 103 - 1 05).

A percepção de que o concei to legal de conexão é mínimo é pacífica na doutrina e na jurisprudência. Basta referir a alguns casos de conexão que foram reconhecidos pelos tribunais, a despeito de não se encaixarem nos estritos termos do at. l 03 do CPC: a) ação de execução fiscal e ação anulatória de auto de infração (STJ, l " T., rei. Mi.n. Luiz Fux, j. em 03.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 1 0 1); b) ação de alimentos aforada pelo filho menor contra o seu pai e a ação de guarda e 86. "Art. 6º. Relação entre demandas coletivas - Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie podei ão ser reunidas, de oficio ou a requerimento das partes, ficando preve1Jto o juízo perante o qual a dema11da foi distribuída em primeiro lugar, quando houver: (...) 11 - conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo".

87. A propósito dos diversos conceitos de conexão. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A conexão de causas como pressuposro da reconvenção.

Paulo: Saraiva, 1979.

COMPETÊNCIA

busca e apreensão promovida por este contra a mãe daquele que objetive a sua guarda (STJ, 2ª S., rei. Min. Cesar Asfor Rocha, j . em 09.09. 1 998, publ icado no DJ

de 23. 1 1 . 1 998); c) ação de despejo e de execução do respectivo contrato (STJ, 6" T., AgRg no REsp 656.277/RJ, rei. Min. Celso Limongi, j. em 1 8.05.201 O, publicado no J de 07.06.2010).

Partindo da premissa de que se trata de conceitos de direito positivo (contingentes, portanto; modificáveis por "vontade legislativa"), vejamos como eles aparecem no direito processual brasileiro.

O legislador brasileiro optou por conceituar conexão no artigo l 03 do CPC: "Art. l 03.

Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir". Optou, também, por conceituar continência: "Art. 1 04. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras".

A opção legislativa não está imune a críticas. Antes de fazê-las, cabem três observações.

a) O conceito de continência, curiosamente, está contido no conceito de conexão, pois para que haja continência é necessária a identidade de causa de pedir, e se isso ocorre já é caso de conexão; a continência é exemplo de conexão, sem qualquer tratamento jurídico diferenciado, razão pela qual a partir de agora só nos referiremos à conexão, como gênero.

b) Não se deve confundir continência com litispendéncia: na continência o pedido de uma demanda abrange (contém) o pedido da outra. Pedido aqui não é o conjunto dos pedidos formulados em uma petição inicial, mas cada um dos pedidos efetivamente deduzidos. Se em uma demanda há três pedidos e na outra há dois pedidos, não há continência porque a primeira "conteria" a segunda. Se os pedidos formulados na segunda demanda também foram formulados na pri meira, o caso é de litispendência parcial. Na continência os pedidos das causas pendentes são diversos: um engloba o outro. Dois exemplos: i) se se pede a anulaçã.o de um contrato, em uma demanda, e a anulação de uma cláusula do mesmo contrato, embora d iferentes os pedidos, o primeiro engloba o segundo; ii) pedido de anulação do ato de inscrição de crédito tributário na dívida ativa e pedido de anulação do ato de lan

çamento (esse engloba aquele, visto que a anulação do ato de lançamento implicará a anulação dos que lhe forem subsequentes, inclusive o de inscrição em dívida ativa).

c) O conceito legal de conexão é eminentemente objetivo: haverá conexão se

houver identidade em um dos elementos objetivos da demanda. Embora claro, o conceito legal não é dos melhores. As críticas doutrinárias sã.o generalizadas.

A principal crítica que se faz é a da sua insuficiência: o legislador optou por u m conceito bastante restrito de conexão, que, em sua literalidade, não abrange diversas situações em que ela certamente ocorre.

JosÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, taxando de ilusória a convicção do legislador de que a regra do art. 1 03 do CPC eliminaria as elucubrações doutrinárias, infonna que, embora a maioria da doutrina preste "homenagem ostensiva à noção de conexão baseada na identidade parcial dos elementos a que alude o art. 1 03 , termina por dilatar os contornos da figura, reconhecendo ocorrência de conexidade entre as causas que não tem o mesmo objeto nem o mesmo fundamento".88 Conclui ser insuficiente o conceito, porque

"a definição não abrange todo o definido".89

A mesma flexibilização do conceito é vista na jurisprudência. Há julgados que admitem que "quando duas açõ<:s têm fundamento num mesmo contrato, há identidade de causas e, pois, conexão'· (RP 3/330, em. 5 1), como por exemplo, "entre ação para cumprimento e ação para anulação do contrato" (RT 789/2 7 1 , JTA 39/256).

Há outros exemplos, tais como: conexão entre ação de alimentos e ação de modificação de guarda do alimentando (STJ - RT 762/1 97); conexão entre ação de usucapião e reivindicatória (RJTJESP 1 14/293, Boi. AASP l .535/1 1 5); conexão entre ação renovatória de locação e ação revisionai de aluguel (STJ - RT 748/ 1 95, RT 7 1 1/1 59, Lex - JTA 1 4 1 /228).9º

CELSO AGRÍCOLA BARBI adverte, contudo, que a "afirmação contida no artigo não é errada, porque, realmente, segundo doutrina dominante, as causas que tiverem aquelas características são conexas. A falha da lei está em que a hipótese prevista é aquela uma, entre as várias em que ocotTe a conexão". 91

A 1 ição do processual is ta mineiro está correta.

De fato, o comando do art. 1 03 refere-se a uma hipótese mínima de conexão: naquelas circunstâncias, sem dúvida há conexão. No entanto, é definição incompleta.

Nesse passo, ÜLAVO OuVEIRA N ETO posiciona-se criticamente, afirmando que "uma regra deve ser formulada tendo em vista as hipóteses que pretende regular e não apenas uma parte delas".92

O mesmo ÜLAVO DE OuvEJRA Ni:::rn93, em seus estudos sobre a conexão,

faz um excelente trabalho ao sintetizar as principais teorias sobre a matéria em três correntes principais.

88. A conexcio de causas como press11posto da reconve11çcio. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 125.

89. Ob. cit., p. 1 26.

90. NEGRÃO, Theotônio. Código ae Processo Civil e legislação Processual em vigo1: 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209 e 21 O.

9 1 . Come11tários ao Código de Proc1•sso Civil. 9' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 995, v. 1, p. 465.

92. Conexão por prejudicialidade. Slo Paulo: RT, 1 994, p. 62.

93. MoNtZ DE ARAGÃO, em artigo cientifico onde analisa a obra de Pescatore, sustenta que para que a conexão se caracterize "é indiferente que os elementos 'comuns' sejam, ou não, idênticos. Tanto poderá ocorrer a identidade entre um, ou dois dele. corno poderá dar-se de serem 'comuns', isto é, semelhantes. A comunhão, ou semelhança pode levar à ide'ltidade parcial. Assim é que são 'comuns' as 'ações' se em uma delas a causa petendi mediata for a mesma, embora seja diferente a causa pelendi imediata. O mesmo acontecerá se o pedido mediato for idêntico, conquanto o pedido imediato seja diverso. Nesses casos haverá identidade, em parte, e semelhança ocorrer! quanto ao todo". ("Conexão e trípl ice identidade". Revista Ajuris. Porto Alegre: AJURJS, 1983, n. 28, p. 79).

COMPETÊNCIA

Eis a síntese da síntese.

Teoria tradicional: identidade entre pedido e causa de pedir. É a teoria adotada pelo nosso código (att. 1 03 do CPC), fundada na doutrina de MATTEO PESCATORE (em sua obra Sposizione Compendiosa Della Procedure Civile e Criminale, 1 864). Alguns doutrinadores mantêm-se fiéis a essa teoria. Flexibilizam-na, contudo, sua aplicação, afim1ando que essa identidade pode ser parcial (ex. mesmo pedido mediato ou imediato). Já para outros o art.

1 03 do CPC é correto, mas não seria exaustivo nas hipóteses de conexão.

Teoria de CARNELWTI: identidade de questões. Para que demandas sejam havidas por conexas, bastará que ambas sejam sede de discussões acerca de determinadas razões de fato e de direito comuns (ex.: nas ações de despejo e de consignação, discutem-se questões comuns como, por ex., o pagamento cios alugueres). Com essa teoria a concepção cio fenômeno evoluiu, mas não o bastante para alçar sua forma mais completa.

Teoria materialista: identidade da relação jurídica de direito material. Causas são conexas quando decidem mesma relação de direito material, ainda que sob enfoques diversos.

É a teoria adotada por ÜLAVO OLIVEIRA NETO. A consequência processual do fenômeno é a garantia ele julgamentos uniformes e a economia processual. "Se são conexas as causas que derivam de uma mesma relação jurídica material, então é consequência do vínculo de conexão que os j ulgados sejam unifonnes". 94

Malgrado a existência dessa profusão de teorias sobre o assunto, aceita-se na prática e na jurisprudência, a teoria materialista.

Mas ainda assim não é suficiente. É certo que a solução do problema passa pelo exame da relação jurídica discutida nos processos: se for a mesma, ainda que posta sob perspectivas diversas, há conexão. Mas também há conexão quando dois processos discutam relações jurídicas distintas, mas que estejam vinculadas (por prejudicialidade ou prel i m inaridade).

Vejamos dois exemplos, um de cada caso: i) mesma relação jurídica, discutida em dois processos d istintos: ação de despejo por falta de pagamento e ação de consignação em pagamento dos mencionados alugueres (discute-se a mesma relação jurídica locatícia); ii) diversas relações jurídicas, que no entanto estão ligadas: investigação de paternidade e alimentos (relação jurídica de filiação e relação jurídica de alimentos, embora distintas, umbilicalmente ligadas).

A conexão, assim, surge do vínculo que se estabelecer entre o objeto litigioso (âmbito substancial) de duas ou mais causas. Trata-se de concepção mais abrangente e afinada com a finalidade própria do instituto da conexão: a partir da reunião de causas "semelhantes", evitar decisões contraditórias e racionalizar o trabalho do Poder Judiciário, com a economia de energias processuais.

94. OLIVEIRA NETO. Olavo. Conexão por prejudicialidade, p. 65.



O

A conexão deve ser definida à luz do direito material (objeto litigioso do processo; demanda). Isso é fundamental. Embora seja constatada a partir do

exame do direito material deduzido em juízo, a conexão é fato jurídico processual, que produz relevantes efeitos: ao impor a reunião das causas no mesmo juízo, ex purga julgamentos divergentes sobre a mesma situação jurídica material. prevenindo a iniquidade.

A conclusão não pode ser outra senão a de que a noção de conexão é muito mais abrangente do que indica o conceito legal previsto no art. l 03 do CPC. Essa visão autoriza

-nos a concluir pela existência de conexão por prejudicialidade ou preliminaridade: se uma causa é prejudicial/preliminar a outra, há conexão e a reunião se exige, respeitados os limites impostos para qualquer reunião. Sobre o conceito de questão/causa preliminar e prejudicial, ver capítulo sobre objeto da cognição, em que são citados vários exemplos.

Ver, ainda, o capítulo sobre suspensão do processo, especificamente os comentários ao art. 265, lV, a, CPC.

14.4.2. Conexão na instância recursa!

É possível falar de conexão como relação de semelhança entre recursos, interpostos em um mesmo processo e que devem ser dirigidos a um mesmo juízo (câmara, seção, turma etc.) e, por óbvio, ao mesmo relator. É por isso que o art. 559 do CPC determina que o agravo de instrumento s[illegible]ra julgado antes da apelação, se interpostos ambos no mesmo processo.

Confira-se a lição de José Rogério Cniz e Tucci: "Em segundo grau, a preven

ção se dá geralmente pelo conhecimento de um incidente ou impugnação, sendo certo que a turma j ulgadora que conhecer de um recurso acerca de determinada demanda atrairá, para julgamento, outros que sejam eventualmente interpostos no mesmo processo. Justifica-se a prevenção pela racional ização do serviço judiciário, sobrelevando-se aqui também a economia processual e a coerência das decisões em causas conexas" .95

Também é possível falar de conexão de recursos que provenham de causas distintas, mas que sejam conexas: se as causas são conexas, os recursos nelas interpostos também o serão.96 Também haverá cone>..ão de recursos se provierem de causas que mantenham entre si uma relação de acessóri /principal, como ocorre entre a ação cautelar e ação de conhecimento/execução.

14.4.3. Forma de alegação

Qualquer das partes pode alegar a conexão/continência, que de resto pode ser conhecida ex officio pelo juiz. Norm:ilmente, quando o autor alega a conexão o faz na peti

ção inicial, quando já pede, incontinenti, a distribuição por dependência (art. 253, 1, CPC).

95. A causa petendi no processo civil. 2 cd. São Paulo: RT, 200 1 , p. 220.

96. Ver, por exemplo, CARNEIRO, Athos. Jurisdição e compeléncia. 8 ecl. São Paulo: Saraiva, 1 997, nota 6 1 , p . 60; STJ, 6ª T., REsp n . 49652/R. , rei. Min. Adhemar Mareie!. DJ 3 1 . 1 0. 1 994, p . 29.536.

COMPETÊNCIA

Perceba que o órgão jurisdicional pode, ex officio, conhecer da modificação legal da competência relativa (conexão e continência), mas não pode conhecer de oficio da incompetência relativa. São fatos distintos a modificação da competência, alegável a qualquer tempo e cognoscível de oficio, e a incompetência relativa, que somente pode ser alegada pelo réu.

Ao réu cabe alegar a conexão em preliminar de contestação. Não se alega a conexão por exceção de incompetência: a conexão pressupõe que o juízo era

competente e teve a sua competência modificada. A exceção de incompetência suspende o processo, efeito que não pode ser imputado à alegação de conexão, mesmo que feita pela equivocada via da exceção instrumental. Ver, a propósito, o REsp n. 42. l 97/SP, 6" T do STJ, rei. Min.

Hamilton Carvalhido, j . 25.09.200 1 , publicado no DJ de 04.02.2002, p. 575:

"2. Exceção de incompetência não é meio idôneo para discutir a ocorrência de conexão de ações (artigo 3 0 1 , inciso Vll, do Código de Processo Civil).

3. Não configurando exceção de incompetência a petição que pretende meramente o reconhecimento da conexão, muito embora assim formalmente intitulada, não subsiste qualquer motivo a ensejar tanto a suspensão do processo quanto a autuação em apa11aclo, permitindo-se ao magistrado, se a causa admillr,julgar antecipadamente a lide sem previamente proceder a nova intimação da ré.

4. Havendo determinação expressa e clara da via adequada para se buscar o reconhecimento de conexão, não prevalecem os efeitos próprios da exceção de incompetência.

5. Em sendo a conexão, enquanto causa de prorrogação de competência, matéria que deve ter sede na resposta direta ao pedido, como na letra cio art. 3 0 1 , inciso Vll, do Código de Processo Civil e, não, matéria de exceção de incompetência, não se desobriga o réu do ônus de oferecer tempestivamente contestação, submetendo-se, pois, aos efeitos que lhe decorrem do princípio da eventualidade".

14.4.4. Distinção entre a alegação de modificação de competência e a alegação de incompetência relativa

Diante de tudo o quanto se expôs, é preciso, finalmente, reiterar a lição: não se pode confundir a alegação de modificação da competência com alegação da incompetência relativa.

Ao afirmar a ocorrência de uma hipótese de modificação de competência, parte-se da premissa de que o órgão jurisdicional é competente, mas, em razão da prorrogação da competência, deve a causa ser remetida a outro órgão jurisdicional, o prevento (é nisso que consiste a modificação). Quando se aponta a incompetência relativa, nega-se, de logo, que o magistrado tenha competência

para conduzir a causa, pedindo-se a remessa dos autos ao juízo competente.

A competência que surge para o juízo prevento tem natureza absoluta (funcional), sendo essa a razão pela qual é possível o conhecimento ex officio da conexão/continência: ao autorizar a modificação da competência, surge uma hipótese de competência absoluta do órgão jurisdicional prevento, que justifica, inclusive, a quebra da perpetuação 1 8 3



da jurisdição prevista no art. 87 do CPC. A modificação legal da competência é uma questão que transcende o interesse das partes, indisponível, portanto, na medida em que se relaciona com a economia processual e serve para minimizar os riscos de desarmonia das decisões.

Cabe, assim, apresentar um uadro distintivo.

Alegação de modificação

Alegação de incompetência

de competência relativa

relativa

Legitimidade Qualquer das partes pode suscitar a Somente o réu pode suscitar a questão.

questão, além de o órgão jurisdicional Entende-se que também o Ministério poder conhecê-la u oj]icio

Público pode alegar incompetência

relativa em beneficio ele réu incapaz.

Efeito do

Remessa elos auto• ao ju ízo prevento

Remessa elos autos ao juízo relativa-

acolhimento

mente competente

Forma de

No bojo da petição inicial ou contesta- Exceção ele incompetência alegação

ção, por simples p.!tição ou até mesmo

oralmente

Momento

Enquanto o processo estiver pendente No primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena ele

preclusão

14.4.5. A conexão em causas coletivas pode importar modificação da competência absoluta

A competência territorial na ação civil pública é absoluta. A conexão, de acordo com o regramento do CPC, não pode modificar competência absoluta, apenas a relativa.

É possível, então, reunir ações civis públicas, cada qual com competência absoluta distinta?

Parece, realmente, que, ao se acrescentar o par. ún. ao art. 2ºda Lei Federal n. 7 .347/8597, criou-se uma conexão que permite a mudança de competência absoluta, a ensejar a reunião dos processos para julgamento simultâneo. Marcelo Abelha Rodrigues aponta com precisão essa circunstância.98 Nelson Nery Jr. também defende a reunião dos processos.99

O dispositivo aplica-se também à continência, que nada mais é do que uma especial forma de conexão. 100

97. "Parágrafo único. A propositura d<l ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posterionneate intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou

o mesmo objeto".

98. "Com relação à conexão, a regra da reunião dos processos deve ser imperativa, não se admitindo outra interpretação que não seja a da obrigatoriedade da reunião, mesmo sabendo-se que a competência para esta modalidade de demandas é d(\ tipo absoluta, e que por isso afastaria a regra da reunião". RODRlGUES, Marcelo Abellia. Ação civil pública e meio ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 1 32.

99. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado, 2002, p. 1.335.

1 DO.BUENO, Cassio Scarpinella. O poder público em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 128

COMPETÊNCIA

O curioso, no entanto, é a incompatibil idade desse parágrafo com outro dispositivo da lei de ação civil pública, cuja redação foi alterada pela mesma medida provisória: o art. 16. O art. 16, Lei Federal n.7.347/85, e o art. 2º-A, Lei Federal n.9.494/97, visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão. "De fato, partindo-se da premissa de que a regra de prevenção foi estabelecida para regular hipóteses de reunião das causas conexas (aqui obrigatória, mesmo sendo competência ' funcional'

absoluta), uma de duas: ou a regra aplica-se apenas aos casos de ações conexas propostas na mesma comarca ou na mesma região, para não entrar em choque com o art. 1 6, que circunscreve os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada aos limites da competência territorial, ou então conclui-se que a regra do art. 2°, parágrafo único, aplica-se tout court, e está tacitamente revogado e inválido, também por mais este motivo, o art. 1 6 já citado". 1º1

Esse regramento especial da conexão em causas coletivas leva-nos a concluir que a vetusta lição de que conexão modifica competência relativa deve ser revista. Conexão pode modificar competência territorial, em regra relativa, mas que, em alguns casos, pode ser absoluta.

14.4.6. Possibilidade de reunião de causas conexas, sendo uma de conhecimento e a outra de execuçtío

O móvel da conexão é evitar a existência de decisões contraditórias, tanto que se fixou como um seu efeito a reunião dos processos, a fim de que sejam decididos simultaneamente.

É possível, então, que uma causa de conhecimento seja reunida com uma causa de execução, se elas forem conexas entre si.

Parte-se da seguinte indagação: há julgamento em execução? Não, é certo. Mas será que isso é o suficiente para que não se possa falar de reunião de causas conexas em tais situações? Vejamos.

Eis a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

"Execução. Pode existir conexão ensejadora da reunião de processo entre ações de conhecimento. Embora em tese possa haver conexão entre ação de conhecimento e de execução, não é possível a reunião de processos quando uma das ações é de execução, porque nesta não há julgamento de mérito, inexistindo perigo de decisões conflitantes, que é a finalidade última da modificação de competência pela conexão". io2

!OI .RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 1 29.

1 02.Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 3 ed. São Paulo: RT, 1 997, p.416.

i

e



fREDIE ÜJDIER JR.

Acontece que, induvidosamcnte, o Poder Judiciário corre o risco de assumir posi

ções contraditórias: mandar executar um contrato e, ao mesmo tempo, em outro j uízo, determinar a sua revisão/extinção. É em razão disso que doutrina mais moderna tem redimensionado o conceito e a finalidade da conexão, para esse fim, em posição com a qual concordamos.

Há nítida relação de prejud cialidade entre uma demanda de revisão/extinção do contrato e uma outra que determine a execução deste mesmo contrato. Por exemplo: uma vez revisto o contrato bancário de financiamento imobiliário, com o reajuste que equil ibre as posições contratuais, o lei Ião extrajudicial do imóvel, que deu origem a pleito imissão de posse (Decreto n. 70/66), reputar-se-á cancelado, perdendo o sentido, então, o prosseguimento desta execução.

Sandro G ilbert Martins aborda a relação de prejudicialidade entre a demanda de revisão de contrato e a de execução, decorrente do mesmo contrato:

"Embora essa dificuldade não seja pressuposto da respectiva ação, fica fácil perceber que se de um lado pode desejar o consumidor discutir a parte da relação contratual que lhe desfavorece, de outro, o fornecedor pode buscar a execução do contrato (CPC, art. 585, 1 1), em razão do inadimplemento que se verificou.

É justamente em situações como essa que se evidencia a prejudicialidade entre uma ação de modificação ou revisão de cláusula contratual e a execução do mesmo contrato.

A ação de modificação ou r visão de cláusula contratual é de natureza

constitutiva e, quando diga respeito à parcela do contrato que disponha sobre as qualidades de certeza, liquidez ou exigibilidade da execução, fica ainda mais evidente a possibilidade de influência desta perante a execução.

(...)

Não há como negar, diante da evidente prejudicialidade, que podem essas ações de modificação ou revisão ce cláusula contratual serem convertidas em embargos, servirem de defesa heterotópica ou, ainda. serem reunidas aos embargos, cm razão da continência.

É de se perceber, inclusive, llUe a discussão travada nessas ações pode implicar uma prejudicialidade total ou parcial, pois se pode extirpar por completo a cláusula objeto da ação e, por consequênci<, impedir ou extinguir a execução; ou, apenas, adequar a cláusula a uma nova realiJade, limitando a atividade executiva".1º3

Arremata o autor paranaen e, defendendo a necessidade de reunião das causas no mesmo juízo, ficando suspenso o processamento da demanda executiva: "Os interesses em jogo (a certeza e a satisfação sobre a obrigação) permitem que haja a reunião dos feitos, 103.

S, Sandro Gilben. A dersa do executado por meio de ações a111ó110111as. São Paulo: RT, 2002, p. 234-236.



até mesmo em homenagem ao princípio da economia processual, evitando-se, ainda, uma execução injusta".1º"

Quem, entretanto, escreveu com pena de ouro sobre o tema, em 1 i vro que se já tornou um clássico, foi Olavo de Oliveira Neto, magistrado paulista, cujas lições nos servem como arremate deste item:

"Já entre as ações de conhecimento, e entre estas e as de execução,

vislumbramos a existência de relação de prejudicialidade e, portanto, a espécie de que aqui se trata

[conexão por prejudicialidade]

(...)

Já se viu que a conexão de causas, em que pese o teor do arl. 1 03 do CPC, não deve ser aferida segundo a identidade de elementos da ação. A teoria tradicional está superada e não é a melhor forma de identificar o fenômeno. Aplicando ao caso a teoria materialista observamos que ambas as ações se fundam numa mesma relação jurídica de Direito Material, havendo cisão de um conflito de interesses, já que numa ação se busca cxcutir o título e na outra torná-lo inexequível.

A diversidade de forma procedimental, por seu turno, também não é óbice para determinar a não união das causas em virtude da conexão, j á que podem ter seguimento simultâneo, suspendendo-se a execução após a prática de todos os atos conserva ti vos de direitos, ocasião cm que se aguardará a decisão da ação declaratória, que poderá retirar do título sua força executiva.

Por derradeiro, o fato da execução não comportar julgamento, também não impede o reconhecimento ela conexão, já que, por disposição legal, existem casos em que ações de conhecimento são apensadas com ações de execução, como é o caso dos embargos do devedor e dos embargos de terceiros". io5

O STJ vem admitindo a possibilidade de reunião, em razão da conexão por prejudicialidade, de uma ação de conhecimento e uma ação executiva. A j urisprudência é farta a respeito do assunto.106

1 04. MARTfNS, Sandro Gilbcrt. A defesa do executado por meio de ações a111ô1w111as. São Paulo: RT, 2002, p. 128-129.

105. OLIVEIRA NETO, O lavo. Conexão por prejudicialidade. São Paulo: RT, 1 994, p. 89-90.

1 06. Admitindo a reunião de ação anulatória e execução fiscal, em razão de conexão por prejudicialidade: STJ, 2ª T., REsp n. 603.3 1 1 /SE, rei. Min. Eliana Calmon. j. 14.06.2005, publicado no DJ de 1 5.08.2005, p. 249; STJ, 1' T.. REsp n. 574.357/SP, rei. Min. Teori Zavascki, j. 25.04.2006, publicado no DJ de

04.05.2006, p. 439; STJ, 1' T., R.Esp n. 5 1 7.891 /PB, rei. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2003, publicado no DJ

ele 29.09.2003, p. 1 69. Convém transcrever os i1ens 5, 6 e 7 da ementa desse úl1imo julgado do STJ:

"5. Conciliando-se os preceitos tem-se que, precedendo a ação anulatória, a execução, aquela passa a exercer perante esta incgúvcl influência prejudicial a recomendar o si111u/1ane11s pmcessus, posto conexas pela prejudicialidade, l"orma expressiva de conexão a recomendar a reunião das ações, como expediente apto a evitar decisões inconciliáveis. 6. O juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prossiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo. 7. Refoge à razoabilidade permitir que a ação anulatória 1 87



FREDIE DIDIER JR.

14.4. 7. Conexão por a.finidade. Um novo modelo de conexão para o julgamento de causas repetitivas

Os arts. 543-8 e 543-C, ambos do CPC, que cuidam do julgamento por amostragem de recursos extraordinários (recurso extraordinário para o STF e recurso especial para o STJ) em causas repetitivas, preveem um novo caso de conexão no direito brasi leiro: uma conexão por a.finidade entre esses recursos. Opta-se por usar o termo afinidade por uma questão prática: trata-se de designação para um certo tipo de vínculo entre causas já bastante consagrada na doutrina brasileira, que serve à aplicação do inciso rv do art.

46 do CPC (lirisconsórcio por afinidade, examinado no capítulo respectivo). As "causas repetitivas" são exatamente aque as em que os autores poderiam ter sido litisconsortes por afinidade, mas, por variadas razões, optaram por demandar isoladamente.

De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos arts. 1 03- 1 05 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa de pedir iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solu

ção de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela afinidade de algumas questões de fato ou de direito.

As causas repetitivas têm exigido do legislador e da doutrina uma atenção especial.

Elas são as grandes responsáveis pela crise do Poder Judiciário. São milhões (sem exagero) de demandas ajuizadas com questões idênticas (a correção dos expurgos inflacionários causados pelos planos econômicos governamentais de 1 989 e 1 990 nas contas de FGTS é o principal exemplo). Note que há diversos novos institutos cujo propósito é exatamente o de criar um novo modelo de pr cesso para o julgamento deste tipo de causa: súmula vinculante,julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, CPC), ação coletiva para direitos individuais homogêneos < art. J 03, Ill, CDC) etc. A conexão por afinidade entre recursos extraordinários repetitivos é mais um exemplo desta tendência.

Sucede que, em vez de essa c nexão detem1inar a reunião dos recursos para processamento e julgamento simultâneos (como ocorre com a conexão para fim de modificação de competência, art. 103, CPC), utros são os efeitos jurídicos desta nova modalidade de vínculo entre causas: a) escolha de alguns "recursos-modelo" e b) sobrestarnento dos demais processos para o julgamento por amostragem.

De fato, não seria razoável que a conexão, no caso de demandas repetitivas, tivesse por efeito a reunião dos processos em um mesmo ju ízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solL ção dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, mais uma vez, a força do princípio da adequação (cf. o capítulo sobre princípios), que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa.

do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o s�u resultado pode frustrar-se diante de execução jâ ultimada".

COMPETENCIA

É bom lembrar que conexão é um conceito jurídico-positivo. No direito processual civil brasileiro, é bem aceita a ideia de que há "várias" espécies de conexão: modificação de competência (art. 1 03, CPC), pressuposto da reconvenção (art. 3 1 5, CPC), formação do litisconsórcio (art. 46, 11 e 1 II, CPC), conexão por acessoriedade (art. 1 08, CPC), conexão para processamento de demandas incidentais (art. 1 09, CPC), conexão por sucessividade (art. 475-P, JJ, CPC) etc. Cada urna dessas modalidades de conexão tem os seus próprios pressupostos e os seus efeitos jurídicos típicos.

O legislador, com a introdução desses dois novos artigos ao CPC, trouxe uma nova hipótese de conexão, com pressupostos e efeitos próprios.

É preciso perceber isso.

14.5. Prevenção

A prevenção é critério para exclusão dos demais juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal. A prevenção não é fator de determinação de competência. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juizes competentes, excluindo-se os demais. A prevenção funciona como mecanismo de integração em casos de conexão: é o instrumento para que se saiba em qual juízo serão reunidas as causas conexas.

O CPC traz duas regras de prevenção, que não se excluem, pois cada qual cuida de urna situação específica: a) se a conexão se der em juízos de comarcas diversas, prevento será aquele em que tenha havido a primeira citação válida (art. 2 1 9); b) se a conexão se der em juízos da mesma comarca, prevente será o juízo que despachou em primeiro l ugar (art. 1 06, CPC).

Na ação civil pública, porém, o critério de determinação da prevenção foi alterado.

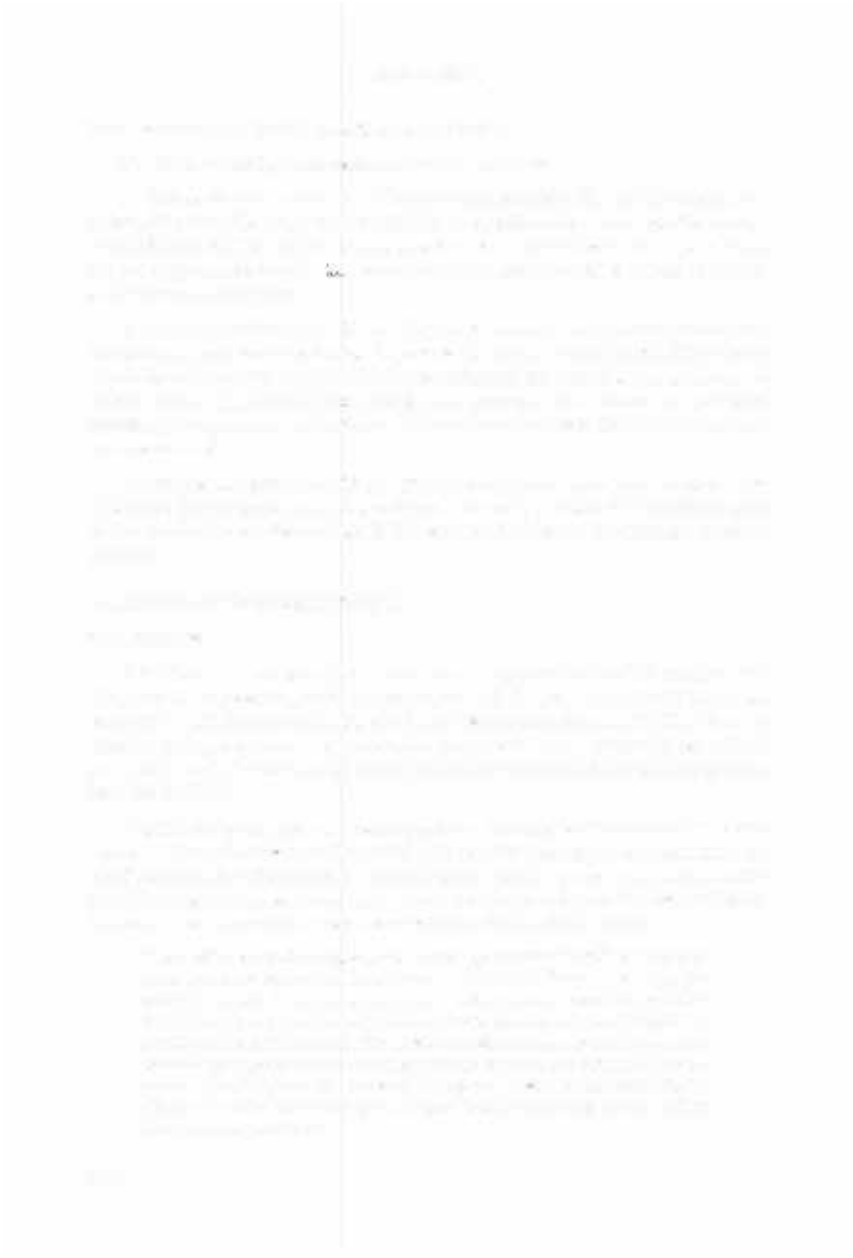
O par. ún. do art. 2° da Lei Federal n. 7.347/85, acrescentado pela Medida Provisória n. 2 . 1 80-35/200 1 , diz que a propositura da demanda prevenirá a jurisdição do juízo para todas as demandas posteriormente ajuizadas que possuam o mesmo pedido ou a mesma causa ele pedir. Nem a citação (art. 2 1 9 cio CPC) nem o despacho inicial (art. 1 06 do CPC) são os critérios que determinam a prevenção em ação civil pública; agora, é a propositura da demanda (art. 263 do CPC) o critério para determinar-se a prevenção da competência. 107 Segue-se, assim, a regra da prevenção em ação popular (art. 5°, §3º, Lei n. 4. 7 1 7/65). No entanto. como bem aponta Cassio Scarpinella Bueno, a despeito da literalidade do texto, a doutrina e a jurisprudência têm aplicado o mesmo regramento do CPC (arts. 1 06 e 2 1 9), sem atentar para a sutil diferença (cita, como precedente, STJ, Conflito de Competência 1 9.686/DF, rei. Min. Demócrito Reinaldo). '°8

107. BUENO, Cassio Scarpinclla. O poder público em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 1 38; RO

DRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio n111bie111e. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 1 27.

108. BUENO. Cassio Scarpinclla. O poder público em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 139.

1 89





dos

14.6. Outras regras de modificação da competência

Há, ainda, outras regras de modificação de competência.

a) Imóvel situado em mais de um Estado ou comarca (art. 107, CPC): determina-se o foro pela prevenção, com a regi a do ait. 2 1 9, CPC, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel. Trata-se de um caso de extraterritorialidade, pois o juízo terá a sua jurisdição estendida além

limites do seu foro, para abranger a parcela do imóvel

que está em outra comarca.

b) Ações acessórias (art. 108 do CPC): ação acessória é a demanda secundária destinada a complementar ação mais importante do ponto de vista do autor, denominado de principal. Competente será o _1uízo da ação principal. Se antecedente, o autor deverá aj uizar ação no juízo competen e para julgar a principal. Se incidental ou posterior, perante o juízo que conheceu a p1 incipal. Alguns denominam esse fenômeno de conexão por acessoriedade.

e) Ações incidentais (art. /()9 do CPC): a competência para julgar as demandas incidentais (reconvenção, oposição, embargos de terceiro, incidente de falsidade,

ação declaratória incidental, denunciação da lide etc.) será do juízo em que tramita a demanda principal.

1 5. CONFLlTO DE COMPETÊNCIA

1 5.1. Conceito

É o fato de dois ou mais ju zes se darem por competentes (conflito positivo, art.

1 1 5, l) ou incompetentes (confl ito negativo, art. 1 1 5, 1 1) para o julgamento da mesma causa ou de mais de uma causa (em caso ele reunião por conexão, art. J 1 5, I I I). Deve ser dirimido para que apenas um seja declarado competente e possa julgar a(s) causa(s). É

possível que surja, também, na aplicação do princípio da identidade física do magistrado (art. 1 32 do CPC).

É muito dificil imaginar um conflito positivo de competência que envolva apenas uma causa. Normalmente, o conflito positivo diz respeito a reunião de causas conexas, em que discute qual é o juízo prevente. Barbosa Moreira explica, porém, um caso de conflito positivo que envolve apenas uma causa. Trata-se de situação relacionada à l itispendência: é preciso saber em que juízo a causa deve tramitar. Eis a 1 ição do mestre:

"De conflito só se poderá cogitar, eventualmente, se a recusa de extinguir o processo se fundar em motivo relacionado com a competência. Imaginemos, v. g., que, pendentes os dois leitos perante os juí1es A e 8, a pane suscite a B a preli minar de litispcndência, alegando a anterioridade da citação ordenada por A. Rejeita B a preliminar, negando que as citações se tenham feito na ordem apontada pela parte, de modo que o processo deA  que deve extinguir-se, pois a competência de B ficara prevenia (art. 2 1 9, caput): o 1 então afim1ando que, a despeito da anterioridade, a citação dctem1inada por A nfo gerou litispendência. porque A era, mesmo em tese, incompetente para a causa.

Em qualquer dessas hipóteses, se A, provocado por sua vez, concordar com o pronunciamento de B e puser termo ao feito a que preside, resolvido estará o problema, sem conflito. Este se caracterizará, porém, e será caso de suscitá-lo, por obra de qualquer dos legitimados (art. 1 1 6, caput), se A retrucar que, dos dois processos, o que deve prosseguir é o instaurado no seu juízo, competente e prevente mercê da citação anterior à ordenada por B. Aí, sim: os dois juízes estarão disputando entre si a competência; e, para decidir qual deles há de prevalecer, o conflito positivo será o meio adequado. A decisão que nele se

profira acarretará, excepcionalmente, a extinção de um dos feitos sem julgamento do mérito, pois esse é, ainda em semelhante eventualidade, o corolário da litispendência".109

Conforme o enunciado n. 59 da súmula do STJ, não se pode cogitar de conflito se já tiver havido ju lgamento de uma das causas. Também não há conflito se entre os juízos houver diferença hierárquica, prevalecendo o posicionamento do j uízo hierarquicamente superior, por exemplo: não há conflito entre STF e qualquer outro juízo, entre STJ e TRFfTJ, entre TJ e Tribunal de Alçada110 (enunciado n. 22 da súmula da jurisprudência dominante do STJ), entre TJ/TRF e juiz estadual/federal a ele vinculado etc. 1 1 1 É possível, porém, que surja conflito entre um tribunal e um juiz a ele não vinculado.

15.2. Legitimidade e p articipação do Ministério Público

Podem suscitar o conflito o magistrado, o membro do Ministério Público ou qualquer das partes. Se o Ministério Público não o tiver suscitado, deverá ser ouvido, obrigatoriamente, no conflito de competência.

A parte que ofereceu exceção de incompetência não pode suscitar o conflito, pois já teve a oportunidade de manifestar-se sobre a competência e optou por arguir a exceção (art. 1 1 7 do CPC). O objetivo da lei, segundo Athos Carneiro, foi impedir que a parte util izasse, simultaneamente, ambos os meios de controle da competência. Entende o autor que é possível o uso sucessivo desses mecanismos de controle da competência.

É possível, por exemplo, que, após a exceção de incompetência, surja o conflito: o juízo que recebeu a causa em razão da declinação pode negar a sua competência, não a aceitando.

15.3. Competência

A competência para julgar o conflito de competência será sempre de um tribunal.

O STF tem competência sempre que, no conflito, estiver envolvido um tribunal superior. É o que determina o art. 1 02, 1, "o", da CF/88: "os conflitos de competência entre 1 09. "Conflito positivo e li1ispendência". Temas de direito process11a/-seg1111da série. 2 ecl. São Paulo: Saraiva, 1 988, p. 48.

1 1 O. Alente-se para a extinção dos Tribunais de Alçada promovida pelo art. 4º

da Emenda Consti1ucional nº 45

de 8 Dezembro de 2004.

1 1 1 . Assim, por exemplo, STF, Pleno, CC n. 7. 161/RJ, rei. Min. MarcoAurelio, publicado no DJ de 26. 1 1.2004:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL VERSUS SU

PERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. As decisões do Superior Tribunal de Justiça obrigam os regionais federais, na definição da competência. Impossível é o conflito de competência negativo consideradas cortes que estão em patamares diversos". No mesmo sentido, FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 3

cd. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1 , p. 1 1 1 .



o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais S uperiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal".

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais devem processar e julgar os conflitos de competência que envolvem juízes a eles vinculados. Se o conflito envolver juízes vinculados a tribunais diversos, a competência será do

STJ.

As demais hipóteses de conflito são da competência do STJ, de acordo com o art.

1 05, 1, "d", da CF/88: os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 1 02, I, "o", bem como entre tribunal e j uízes a ele não vinculados e entre j uízes vinculados a tribunais diversos. Note-se que se a discussão envolver tribunal e juiz a ele vinculado, não se pode falar propriamente de conflito, pois deve prevalecer a orientação determinada pelo me.mo tribunal.

Como se viu no capítulo so re jurisdição, a arbitragem é, no Brasil, jurisdição.

Não obstante, o STJ não conheceu de conflito de competência suscitado por câmaras de arbitragem, que se afirmavam competentes para julgar determinado conflito (CC n. 1 1 3.260-SP. rei. para acórdão M in. João Otávio de Noronha, j.

em 08.09.2010).

A EC n. 45 deixou claro que, se o conflito de competência se der entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvada a competência do STF, será dos órgãos da Justiça do Trabalho a competência para apreciá-lo e julgá-lo (art. 1 14, V, CF/88). Al iás, editara o STJ

o enunciado n. 180 da súmula da sua jurisprudência predomi nante: "Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Estadual e Junta de Conciliação e Julgamento". Lembre-se que as juntas de conciliação foram ext ntas, e que agora existem as chamadas varas do trabalho.

O STF decidiu que a compt>tência para julgar o conflito entre juiz federal e juiz de juizado federal é do TRF, se ambos pertencerem à mesma Região (STF, Pleno, RE n. 590.409, rei. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.08.2009). O STJ, que entendia ser dele a competência nesta situação (n. 348 da sua súmula, ora cancelado), alinhou-se ao entendimento do STF, conforme se vê do n . 428 de sua súmula: "Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especia federal e juízo federal da mesma seção judiciária".

Se o conflito envolver juízos vinculados a tribunais regionais federais diversos, a competência será do STJ.

15.4. Procedimento

A petição do incidente deverá ser dirigida ao Tribunal competente para apreciar o conflito. Em sendo positivo o conflito, deverá o relator suspender o processo, a fim de se evitarem atos inúteis. Por óbvio, quando o conflito for negativo, não se aplicará a norma, porque nenhum juiz estará praticando qualquer ato. O relator deverá sempre nomear um dos juízes para praticar atos urgentes (art. 1 20 do CPC).

Acrescentou-se, na reforma processual de 1 998, o parágrafo único ao art. 1 20, CPC, pe1mitindo que, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, 192

COMPETÊNCIA

o relator decida de plano o conflito de competência, cabendo agravo no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursai competente.

16. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

1 6. 1 . Características

A competência da Justiça Federal é constitucional e taxativa.

Prevista na Constituição da República, é taxativa, não comportando ampliação por norma infraconstitucional. Assim, o acréscimo, alteração ou subtração de regras de competência, determinadas por norma hierarquicamente inferior, serão inconstitucionais ou inócuos.

A competência cível da Justiça Federal é fixada, segundo Aluísio Mendes, em razão da pessoa, da matéria e da função. 112 Será, portanto, sempre, absoluta, inderrogável pela vontade das partes, ressalvadas as regras de competência territorial.

16.2. Competência dos juízes federais em razão da pessoa

16.2.1. Causas do art. 109, 1, CF/88

a) As causas

O artigo menciona causas em geral, em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, as de acidentes do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Exige-se que um destes entes atue no processo na qualidade de parte (assistentes e opoentes também são partes). Cuida das causas cíveis, inclusive mandado de segurança impetrado por um destes entes em face de ato de autoridade estadual ou municipal,113 excetuadas as hipóteses em que a autoridade tiver foro estabelecido como prerrogativa de sua função.

Cumpre lembrar o enunciado n. 270 da súmula do STJ: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".114

1 12. Nelson Nery Jr. generaliza e classifica a competência d a Justiça Federal como funcional.

1 13. BOCHENEK, Antônio César. Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis. São Paulo: RT, 2004, p. 1 22.

1 14. Julgado recente do STJ confirma o enunciado: "CONCURSO. PREFERÊNCIAS. INTERVENÇÃO.

ENTES FEDERAIS. Em execução de título extrajudicial, a Caixa Econômica Federal - CEF veio aos autos para informar que o imóvel arrematado foi pe11horado anteriormente em ação de execução por ela movida contra os mesmos devedores e pleitear direito de preferência para satisfação de seu crédito. A Seção conheceu do conflito e declarou competente o Tribunal de Alçada do Estado por entender que não é caso de deslocamento de competência para a Justiça Federal, porquanto, no concurso de preferência de crédito, não há intervenção da empresa pública como autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, 1, CF/1988). Precedentes citados: CC 2 1 .551-MG, DJ 8/3/1 999; CC 1.576-RS, DJ 27/5/1991; CC 1 .246-PR, DJ 8/4/1991, e CC 22.753-SP, DJ 27/9/1 999, Rei. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 2311 1 /2005."

autárquica

FREDIE DIDIER JR.

Para os casos de jurisdição voluntária, salvo nos casos de opção de nacionalidade e naturalização, é necessária a participação de algumas dessas pessoas como interessadas ou requeridas para justificar a competência da Justiça Federal.

Somente o juiz federal podení avaliar a existência de interesse jurídico de um destes entes. Confira-se o teor dos enunciados da súmula do STJ:

32. "Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. l 5, ll, da Lei n.º 5.0 1 0/66".

82. "Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS".

150. "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."

1 6 1 . "É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta".

224. "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".

254. "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual".

b) As pessoas

União. Uma observação do jviz Novély Vilanova, corroborada por Aluísio Mendes,115

é pertinente: a grafia "União Federal" não tem amparo constitucional, União é o nome correto. Outro equívoco manifesto é o de colocar-se em processos os nomes dos órgãos (ministérios, departamentos etc.). ao invés do nome ela pessoa jurídica - U n ião - a quem estão vinculados.

Entidade autárquica federal. Pessoa jurídica de direito público, criada por lei, para o desempenho de serviço público descentralizado. Para deslocar a competência para a Justiça Federal, há que ser entidade

federal . Trata-se de termo genérico, que engloba

não só as autarquias, mas também as agências reguladoras e as fundações autárquicas.116

Cabe lembrar que se a agência reguladora estiver no processo na qualidade de amicus curiae, que não é parte, a compet ência não será, por isso, da Justiça Federal.

Empresas públicas federais. São pessoas jlU·ídicas de direito privado criadas com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Admi.nistração instituidora nos moldes da iniciativa pa 1ticular. Caixa Econômica Federal e ECT (Empresa de Correios e Telégrafos) são bons exemplos.

1 1 5. Compelêncio Cível da Jusliça Federal. sle. São Paulo: Saraiva, 1998. p.54.

1 1 6. Interessante a remissão ao n. 324 d l Súmula do STJ, que equipara a Fundação Habitacional do Exército a Autarquia Federal: "Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército".



COMPETÊNCIA

Conselhos de fiscalização profissional. Considera-se corno entidade autárquica federal, ainda que sob regime sui generis, o conselho de fiscalização profissional (OAB, Conselhos Regionais de Medicina, Engenharia, Contabilidade etc.).

"Os conselhos de fiscalização profissional prestam serviço público descentralizado específico e típico da administração pública federal, portanto equiparam-se às autarquias federais e se sujeitam a um regime todo peculiar,

ostentando específicas características, prerrogativas e sujeições".117

A Lei Federal n. 9.649/98, no art. 58, §8º, dizia competir à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvessem os consell1os de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados. O STF, porém, julgou procedente o pedido formulado na ação para decretar a inconstitucionalidade do caput do artigo 58

e §§ 1 º, 2º, 4°, 5°, 6°, 7° e 8° dessa (ADIN 1.7 J 7, julgada em 07 . 1 1 .2002, que reputou inconstitucional o art. 58 da mencionada lei). Assim, toda causa que envolver conselho de fiscalização profissional deve tramitar na Justiça Federal.118

O STJ, aliás, editara o enunciado 66 da súmula da sua jurisprudência predominante:

"Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional".

Sociedade de economia mista. A Justiça Federal é incompetente para processar e julgar as ações em que as sociedades de economia mista sejam parte ou terceiro interveniente. Vejamos o enunciado n. 42 da súmula do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é pai1e sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento". Eis, também, o enunciado n. 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

Ministério Público Federal. Esse merece exame mais cuidadoso.

A presença do Min istério Público Federal equivale à presença da União, para fim de detenninação da competência da Justiça Federal? Não. A presença do Min istério Público Federal não é fato jurídico da competência do juízo federal de primeira instância. Esse fato não se encaixa em nenhuma das hipóteses de competência cível previstas no art. l 09

da CF/88.

1 1 7 . BOCHENEK, Antônio César. Competência cível da justiça federal e dos juizados e.1peciais cíveis, cit., p. 105.

1 1 8. Ver, porém, esta decisão do STJ: "COMPETÊNCIA. MS. SUBSEÇÃO. OAB. A questão está em saber se a OAB é autoridade federal para vincular a competência da Justiça Federal no MS. Trata-se de alo praticado por subseção que divulgou nomes ele advogados contra os quais havia instaurado processo disciplinar no âmbito restrito ele sua área de influência, contrariando, por sua vez o arl. 72, § 2°, do EOAB. Portanto, i11

casu, a Justiça Federal não é compelente. REsp n. 235.723-SP, Rei. Min. Peçanha Martins, julgado em 1 9/2/2002". Em st:ntido diverso, para quem todas as causas que envolvem a OAB, seus órgãos, Conselho Federal, Conselho Sccional, Subseção e, até mesmo, a Caixa de Assistência cios Advogados (há, porém, decisão em sentido diverso, STJ, 1" S., CC 33.050/MG, rei. Min. Eliana Calmon,j. 24.04.2002, DJ 27.05.2002), BOCHENEK, Antônio César. Competência cível dajustiç:afederal edosjuizados especíais cíveis, cil., p. 1 09.



Nada há na Constituição Federal que indique que o Ministério Público Federal somente pode demandar perante a Justiça Federal. Também não há nada na Constituição que aponte a equiparação entre Ministério Público Federal e União. Ao contrário: a Constituição Federal optou deliberadamente por extremá-los, até porque antigamente cabia aos procuradores da república a representação judie ai da União. Para tanto, prescreveu no inciso IX do art.

1 29, que cabe ao membro do Ministério Público "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-Lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

O princípio da unidade da Constit11 ição impõe que ela seja ÍJ1terpretada como um todo normativo. Não se pode entender que, em um momento, a Constituição expressamente quis extremar as figuras do MPF e da União (art. 1 29, LX) e, em outro, as quis equiparar implicitamente. Se fosse o caso de equiparar esses entes, para fim de determinação da competência da Justiça Federal, a Constituição o faria expressamente, exatamente porque seria uma regra que excepcionaria a regra geral prevista no art. 1 29 .119

Distanciar o MPF da União funciona, ainda, como reforço da independência funcional do membro do Ministério Público. que pode ser inclusive autor de uma demanda proposta em face da União.

Surge, então, outra dúvida: p deria o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda que se processa perante a Justiça Estadual? Sim, claramente: não há qualquer regra jurídica que impeça a atuação do MPF perante a Justiça Estadual.

Ao contrário, o inciso Ir do art. 37 da Lei Complementar n. 75/1993 é claro ao prescrever que o Ministério Público Federal exercerá as suas funções "nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais ". O texto normativo é muito claro: "quaisquer juízes e tribunais". "Qualquer", n particular, assume o sentido de "todo": pode o MPF

demandar em todos os tribunais d país.

A tese se reforça quando se lê o § 5° do art. 5° da Lei Federal n. 7.347/1985, que autoriza o litisconsórcio facultativ entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública: ora, se há essa possihilidade, significa que ou Ministério Público Federal ou o Ministério Público Estadual demandará em Justiça que não lhe seria correspondente.

Esse 1 itisconsórcio é facultativo e unitário. Assi 111, exige-se que cada um dos 1 itisconsortes, sozinho, tenha legitimidade para emandar o mesmo pedido. Em casos em que se permite o litisconsórcio entre os Min stérios Públicos, qualquer um deles poderia demandar 1 1 9. "O princípio da unidade da constituiç.10 ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituiç io deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e ' factor hermenêutico de decisão', o principio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar ... Dai que o intérprete deva sempre considc·ar as normas constitucionais não corno nom1as isoladas e dispersas.

111as sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de nonnas e princípios". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Consti uciona/ e Teoria da Constituição. 6ºcd. Lisboa: Almedina, 2002. p.

1 .209- 1 . 2 1 O.)

sozinho, perante a Justiça competente para processar a causa respectiva. Se assim não fosse, o Ministério Público Estadual ficaria na dependência da atuação do MPF, ou vice

-versa, que, se não agisse, impediria aquele de exercer as suas atribuições, promovendo, por exemplo, uma ação civil pública por dano ambiental contra um ente público federal.

Situação absurdamente ilícita, como se vê.120

A 1 ª T. do STF, em precedente recente, acolheu esse entendimento expressamente no julgamento do agravo regimental no R E n. 596.836-ES, rei. Mina. Carmen Lúcia, j . em 1 0.05.201 1 , publicado no DJe de 26.05.201 1 .

Na prática, há um "acordo de cavalheiros" entre os órgãos dos diversos Ministérios Públicos, cada qual "cuidando das causas de sua Justiça". A partir dessa constatação, chegar à conclusão de que há relação de competência entre as suas atribuições e os diversos ramos do Poder Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar.

Em sentido diverso, sem en frentar os diversos argumentos aqui sustentados, STJ, l". T, Resp n. 440.002-SE, rei. Min. Teori Zavascki, j. em 1 8. 1 1 .2004, publicado no DJ em 06. 1 2.2004 (texto entTe colchetes não consta do original): "Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art.

l 09, 1, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de personalidade processual federal determina a competência da Justiça Federal.

É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em habeas

-data e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte. (...) Caberá a ele [MPF] promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria - as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. l 09, 1 1 1) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 1 09, XI) - ou em razão da pessoa - as

que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 1 09, !)". Essa tese foi mais bem desenvolvida em ZAVASCKl, Teori Albino. "Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público". Processos co/e1ivos. Porto 120. NERY Jr., Nelson. Código de Defesa do Co11sumidor comenrado pelos aurores do anreprojero. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 798; PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência 110 processo civil.

São Paulo: RT, 2003, p. 237-238.



FR.EDIE DIDIER JR.

Alegre: 2009, v. 1 , n. 1 , out-dez. Disponível em http://www.processoscoletivos.

net/an i gos/09 1 O l O_ za vasckl _com petenci a _para_ a_ causa_ e _reparti cao _das_ a tribu icoes. ph p, acesso em 07. I 0.2009, 07b30.

Defensoria Pública da União. Discussão semelhante àquela relativa ao MPF diz respeito à Defensoria Pública da União. Parece-nos, igualmente, que não é suficiente o fato de a DPU ser parte de utn processo para que a causa seja da competência da Justiça Federal (e note que essa circunstância será bem frequente em ações coletivas, para cujo ajuizamento a DPU tem legitimidade). Vale aqui tudo o quanto se disse sobre o caso do MPF.

c) As exceções

Falência. É um processo de e. ecução coletiva que se caracteriza pela universalidade: os credores concorrem em igualdade, respeitada a natureza do seu crédito. Embora a men

ção à falência possa ser interpretada restritivamente, para abranger apenas a insolvência comercial, entende-se que a ressalva constitucional também se aplica à insolvência civil e à recuperação judicial. Assim, por exemplo, o enunciado n. 244 da súmula do antigo TFR:

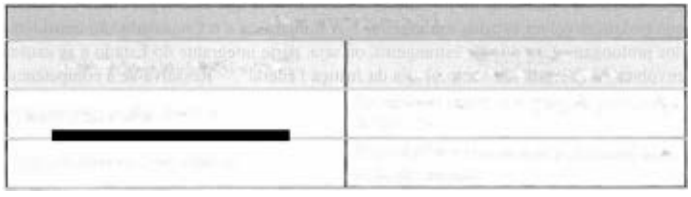
"A intervenção da União, suas autarquias e empresas públicas em concurso de credores ou de preferência não desloca a competência para a J ustiça Federal". Ver, ainda, o art.

99, parágrafo único, J, CPC.

Acidentes de trabalho. Ocorri do o acidente de trabalho, duas são as pretensões que surgem para o trabalhador: uma decorrente da seguridade social (ação acidentária típica), contra a entidade gestora (fNSS), de competência da justiça estadual, e outra de natureza reparatória, contra o empregador. Esta segunda não possui natureza acidentária e seguirá as regras nom1ais de fixação da competência. A EC n. 45 alterou a competência da Justiça do Trabalho, estabelecendo que a ela cabe processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorr nte de relação de trabalho (art. 1 14, VI, CF/88). Após a reforma do texto constitucional, as causas envolvendo pretensões indenizatórias em face do empregador, mesmo sendo este empresa pública federal, deverão tramitar na Justiça do Trabalho, conforme entendimento do STF, na oportunidade em que julgou o conflito de competência nº 7204. 121

É possível requerer a concessão de beneficio previdenciário decorrente de acidente de outra natureza (não- rabalbista). O beneficio acidentário pode decorrer: a) acidente de trabalho; b) acidente de outra natureza (art. 26, ll, Lei Federal n.

8.2 1 3/ 1 9 9 1). Em qualquer dos casos, a demanda é dirigida ao INSS. A exceção constitucional à competência da Justiça Federal restringe-se às ações acidentárias trabalhistas, que devem ser p1 opostas na Justiça Estadual. A ação previdenciária acidentária não-trabalhista drve ser proposta perante a Jus/iça Federal. A propósito, v. STJ, 3" S., CC n. 38.849-SP, rei. Min. Paulo Medina,j. em 26. 1 1 .2003, 1 2 1 . Nesse sentido. ver também CC 5 1 .7 1-SP Rei. Min. Barros Monteiro, j. cm 1 0.08.05, no qual o STJ acata entendimento firmado pelo STF pouc is dias antes.



COMPETÊNCIA

publicado no DJ de 1 8. 1 0.2004: " 1 . Pretendendo o autor da ação a obtenção de auxílio previdenciário decorrente de acidente de qualquer natureza, ou seja,

de índole previdenciária, e não de ação acidentária que tenha como causa acidente ocorrido no exercício da atividade laboratícia, a competência para o deslinde da questão é da Justiça Federal".

Após divergênciajurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça alterou o seu entendimento e reconheceu que a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações previdenciárias acidentárias trabalhistas abrange não apenas o pedido de concessão, mas, também, o pedido de revisão do beneficio já concedido. Assim, por exemplo, 3" S., CC

n. 66844/RJ, rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura,j. em 25. 1 0.2006, publicado no DJ

de J 3 . 1 1 .2006, p. 224; 3" S., EREsp n. 256261 /MG, rei. M in. 1-felio Quaglia Barbosa, j .

09.03.2005, publicado n o D J de 28.03.2005, p . 1 84.

AÇÕES ACIDENT ÁRJAS

Indenizatórias:

Previdenciárias: contra o INSS

contra o causador do acidente

Trabalhistas: contra o empregador, na Justiça

Trabalhistas: Justiça Estadual

do Trabalho

Não-trabalhistas: contra o causador do acidente,

Não-trabalhistas: Justiça Federal

na Justiça comum

Justiça eleitoral. Causas eleitorais competem à Justiça Eleitoral, mesmo que envolvam entes federais.

Justiça do Trabalho. Causas relacionadas às relações de emprego envolvendo servidores públicos devem ser resolvidas pela Justiça do Trabalho.

A interpretação que se fazia sobre a nova redação do inciso 1 do art. 1 1 4 da CF/88, sem a ressalva feita no Senado, tornava a Justiça do Trabalho competente para julgar as relações jurídicas estatutárias e celetistas, envolvendo servidor e entes públicos, e não apenas as celetistas, como constava da redação anterior, que se referia apenas às relações de emprego, espécie do gênero relação de trabalho.

Até o mês de abril de 2006, havia uma grande polêmica em torno no assunto. No processo legislativo para a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Senado Federal acrescentou ao texto da Câmara um trecho no inciso l do a1t. 1 1 4 da CF/88 que expressamente excluía da Justiça do Trabalho as causas envolvendo relações de trabalho estatutárias. Sucede que da publicação da Emenda, no dia 3 1 . 1 2.2004, não constou essa ressalva. Em virtude disso, na ocasião, a Associação Nacional dos J uízes Federais -AJUFE

entrou com uma ADIN (3395-6) contra essa emenda, obtendo liminar no dia 28.01 .2005, que foi confirmada, em 05.04.2006, pelo plenário do STF. A decisão reconheceu, então, que cabe à Justiça comum (federal ou estadual) a competência para processar e julgar as causas que envolvam relações estatutárias.

fREDIE DIDIER JR.

Convém lembrar, ainda, que, por força da EC n. 45, compete à Justiça do Trabalho processar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (Delegacias do Trabalho) e a execução, de oficio, das contribuições sociais previstas no artigo 1 95, I, "a", e II, CF/88, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (incisos VII e Vlll do art. 1 14 da CF/88).

16.2.2. Causas do art. 109, II, CF/88

As causas envolvendo pessoa residente no Brasil ou Município brasileiro contra Estado estrangeiro ou organismo internacional (BIRD, ONU, OMS, OIT, OMC, OEA etc.) devem tramitar na Justiça federal, ressalvada a competência da Justiça do trabalho. É importante lembrar o que foi visto sobre as regras de competência internacional relacionadas à imunidade de j urisdição, tendo em vista que essa regra cuida de causas que podem envolver estados estrangeiros. "A Embaixada e o Consulado são considerados prolongamentos de país estrangeiro, ou seja, parte integrante do Estado e as causas envolvendo estes são da competência da Justiça Federal".122 Ressalva-se a competência da Justiça do Trabalho (art. 1 14, I, CF/88).

Convém lembrar que compete ao STF processar e julgar, originariamente, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, "e", CF/88).

Trata-se de regra de competência muito importante para o estudo do recurso ordinário constitucional, pois contra as decisões proferidas pelo juiz federal em tais processos caberá recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, não para o Tribunal Regional Federal respectivo.

Perceba-se, ainda, que se trata de competência da Justiça Federal em razão da pessoa, a despeito de não envolver um ente federal.

16.2.3. Causas do art. 109, VIII, CF/88

Compete aos juízes federais processar e j ulgar os mandados de segurança e habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais.

Para lembrar, são da competência do: a) STF, os mandados de segurança e os

"habeas-data " contra ato. do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador

-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 1 02, l, "d", CF/88); b) STJ, os mandados de segurança e os "habeas data " contra ato de Ministro de 122. BOCHENEK, Antônio César.
Co111peténciacíve/daj11stiçafederal e dosju izadosespecíaiscíveis, cíl, p. 124.

200

Estado, dos Comandru1tes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, l, "b", CF/88).

Considera-se autoridade em sentido amplo, compreendendo a autoridade pública stricto sensu, o agente da pessoa jurídica de direito privado ou até pessoa natural no exercício de atribuições do poder Público. Eis o art. 1 º, § 1 º, da Lei Federal n. 1 2. 0 1 6/2009:

"Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas j urídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições".

A relevância desse dispositivo decorre da circunstância de existirem autoridades federais pertencentes aos quadros federais e outras que não pertencem, mas que exercem função delegada. Assim, se a autoridade, a despeito de não pertencer aos quadros federais, exercer função federal, o mandado de segurança impetrado contra ato seu deverá ser processado e j ulgado por um juiz federal.

Exercício de fimção delegada. Só será cabível mandado de segurança contra autoridade de pessoa jurídica de direito privado referente a ato praticado no exercício da função delegada. Se se tratar de ato de mera gestão, por inexistir ato de império, não caberá o mandado de segurança (art. 1 º, § 2º, Lei Federal n. 1 2. 0 1 6/2009: "Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público"). A delegação pode ser feita a uma pessoa jurídica estadual, municipal ou até mesmo privada.

Exemplos: dirigente de universidade particular; 123-124 dirigente de Junta Comercial, 125 concessionário de serviço público de fornecimento de energia elétrica126 etc. Importantíssimo 1 23. Raquel Fernandez Perrini discorda deste posicionamento (Compelências da J11s1iça Federal Comum, p.

227-23 1). "UNIVERSIDADE DO SISTEMA ESTADUAL DE ENSINO. AUTONOMIA. A orientação deste Tribunal é no sentido de reconhecer como de competência federal as questões envolvendo o ensino superior, ainda que relacionadas a universidades particulares. No caso, não se trata de estabelecimento particular. A universidade é pública e pertence à organização

administrativa do Município, componente, portanto, do sistema de ensino do Estado, como preceitua o art. 1 7, 11, da Lei n. 9.39411996. As universidades estaduais e municipais gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF/ 1988, art. 2 1 1), e seus dirigentes não agem por delegação da União. A apreciação de seus atos é da competência da Justiça estadual". CC 40.679-SC, Rei. Min. Castro Meira, julgado em 1 1 .2.2004.

124. Enunciado n. 15 da súmula do TFR: "Compele ã Justiça Federal julgar mandado de segurança contra alo que diga respeito ao ensino superior, praticado por dirigente de estabelecimento particular."

125. "Mandado de segurança. Junta Comercial. Competência. Em se cuidando de ação de mandado de segurança, a competência se define em razão da função desempenhada pela autoridade apontada como coatora. As Juntas Comerciais efetuam o registro de comércio por delegação federal. Competência, a teor do artigo 1 09, Vil 1, da Constituição da República, da Justiça Federal." (Rei. Alhos Carneiro, RSTJ, 45/25).

126. "COMPETÊNCIA. MS. ENERGIA ELÉTRICA. Trata-se de suspensão de fornecimento de energia elétrica, ato de dirigente de concessionária, que não é de simples gestão administrativa, mas de delegação, pois que ligado à continuidade de prestação de serviço público federal. Dessarte, esse ato, praticado por autoridade de instituição privada no exercício de função federal delegada, se sujeita ao crivo da Justiça Federal no julgamento de mandado de segurança. Precedentes citados: CC 1 .976-RS, DJ 2/9/ 1 99 1 ; REsp 201

sobre

fREDIE DIDIER JR.

o enunciado n. 60 da súmula da j urisprudência do TFR (Tribunal Federal de Recursos):

"Compete à Justiça Federal decidi! da admissibilidade do mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas jurídicas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal".

16.3. Competência funcional: art. 109, X, segunda parte

Compete ao juiz federal executar sentença estrangeira, após homologação do STJ

(conforme a EC n. 45, que tirou a competência do STF e a transferiu ao STJ, art. 1 05, 1 ,

"i", CF/88), e cumprir carta rogatória, após o exequatur do STJ (a E C n . 4 5 também retirou esta competência do STF, transfe1 indo-a para o STJ, art. 1 05, I , "i", CF/88).

Note-se que se trata de compet ência funcional, não material:127 o juiz federal exercerá a jurisdição para cumprir tais funções, independentemente da matéria de que cuida a carta rogatória ou a sentença estrangein.

1 6.4. Competência da Justiça Federal em razão da matéria

16.4.1. Causas do art. 109, III, CF/88

Compete à Justiça Federal processar e julgar as causas fundadas em contratos internacionais ou tratados firmados pe'a União. Trata-se de competência fixada em razão da causa de pedir e, pois, da matéria discutida. É irrelevante, para fim de determinação da competência, indagar quem são os sujeitos litigantes. O processo, portanto, pode envolver entes não-federais.

A jurisprudência mitiga bastante a interpretação deste inciso que, aplicado ao pé-da

-letra, autoriza que um sem-número de causas seja ajuizado perante a Justiça Federal, tendo em vista que inúmeras matérias são reguladas em tratados internacionais. Explica o tema Raquel Fernandez Perrini:

"Para dirimir eventual dúvida, ante a abrangente redação do art. 1 09, rn, da CF, o E. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça têm esposado o entendimento de que somente estarão afetas à competência federal as causas que tenham por objeto essencial obrigações derivadas de disposições contidas no próprio tratado como, v. g., aquelas relativas ao nome comercial (Convenção de Paris) e ao ressarcimento de danos causados por vazamento ocorrido em navio de petróleo (Convenção Internacional

32.367-PR, DJ 1 7/6/1996; CC 14.804·RJ, DJ 19/8/1996, e CC 37.91 2-RS, DJ 1 5/9/2003". CC 40.060-SP, Rei. Min. Castro Meira,julgaclo em 24/3/2004.

127. Entendendo que se trata de competência em razão da matéria, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breves observações sobre a execução de sentença estrangeira à luz das recentes reformas do CPC". Revista de Pmcesso. São Paulo: RT, 2006, n. 138. p. 1 0- 1 1 .

128. Co111petê11cias da Justiça Federal Co11 11111. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 1 9 1 .



COMPET�NCIA

U m outro bom exemplo de causa que tramita na J ust iça Federal por força deste inciso é a ação de alimentos i nternacionais, envolvendo sujeitos que estejam em países d iversos (alimentando no exterior e alimentante no Brasil, por exemplo). Trata-se de causa regulada exclusivamente por tratado i n ternacional (v. Decreto Legislativo n. 1 O, de 1 3 de novembro de 1 958, e Decreto n. 56.826, de 2 de setembro de 1 965) e que tramita, em razão disso, perante a J ustiça Federal (v. art. 26 da Lei de Alimentos, Lei Federal 5.478/68).

A Convenção de Nova York (assinada pelo Brasil em 1 956 - vide Decreto Legislativo 1 0/1 958 e Decreto 56.826/65) define as regras para prestação de alimentos no estrangeiro. Pela Convenção, podem ocorrer duas hipóteses.

1ª situação: ALIMENTANDO residente no exterior e ALIMENTANTE residente no Brasil: aplica-se a regra do art. 1 09, Ili da CF/88, ou seja, competência da Justiça Federal. Processa-se da seguinte maneira: o ALIMENTANDO entrega a documentação à Autoridade Remetente cio outro país (cujo conteúdo varia ele acordo com o país), que encaminha ao Ministério Público Federal - Instituição Interveniente - os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o português). A ação será proposta na Seção ou Subseção Judiciária que abranger o município em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela Procuradoria da República daquele Estado ou Município - sede da Seção ou Subseção Judiciária Federal. O MPF sempre intervirá, agindo em nome do ALIMENTANDO, em todas as fases da ação (inclusive se execuçã.o de sentença estrangeira sobre alimentos).

O MPF deve encaminhar informações sobre o andamento da ação à Autoridade.

Remetente, para acompanhamento.

2" situação: ALIMENTANDO residente no Brasil e ALI MENTANTE residente no exterior. Processa-se da seguinte maneira: MPF, agora como Autoridade Remetente, encaminha à Instituição-Interveniente do país em que reside ou está domiciliado o ALIMENTANTE (Instituição que varia confom1e o país) os documentos necessários para a propositura da ação de alimentos (traduzidos para o idioma oficial daquele país). A ação será proposta no país em que o ALIMENTANTE reside ou está domiciliado, pela referida instituição Interveniente daquele país, que acompanhará toda a ação, assim como o MPF faz no Brasil. A Instituição Interveniente encaminhará informações ao MPF, para acompanhamento. Nesse caso, quem atua como Autoridade Remetente é o Procurador-Geral da República (que pode delegar a atribuição a um Subprocurndor). Hoje o MPF conta com o CCJI - Centro de Cooperação Juridica Internacional, sob a Coordenação de um Subprocurador-Geral da República, para os casos da 2" hipótese".129

Como se vê, não é de totalmente correto o enunciado n. 53 da súmula do antigo TFR:

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicação de beneficios previdenciários".

129. Sistematização feita por Flávia Tôrres, que trabalha no Ministério Público Federal, cm Minas Gerais, a quem agradeço penhoradamenle pela inestimável ajuda.

Não obstante a clareza do texto legal, o TFR, certamente atento a questões eminentemente práticas, editou o enunciado n. 2 1 de sua súmula: "Após a Emenda Constitucional n. 7, de 1 977, a competência para o processo e julgamento das ações de indenização, por danos decorr dos em mercadorias, no transporte aéreo, é da Justiça comum estadual, ainda quando se discuta a aplicação da Convenção de Varsóvia relativamente ao limite da responsabilidade do transportador".

1 6. 4.2. Causas do art. 109, V-A: grave violação a direitos humanos Embora se trate do i11ciso V-A. que se relaciona, por suposto, ao inciso V, que cuida de competência criminal, não houve distinção no enunc.iado constitucional entre a natureza da causa, se cível ou criminal. De um modo geral, nas discussões em tomo das mudanças operadas pela reforma constitucional, destacava-se o tema da "federalização dos crimes contra os direitos humanos". Não parece, contudo, que o enunciado constitucional se refira apenas à competência criminal. O texto do § 5° do art. 1 09 da CF/88 fala de "grave violação de direitos humanos". A violação é adjetivada como grave, mas não há qualquer restrição em relação à natureza do i l ícito: se cível, administrativo ou criminal.

Por isso, essa regra de competência trata, também, de nova hipótese de competência cível da Justiça Federal, que deverá ocorrer principalmente em causas coletivas, seja na fase processual, seja ainda durante o inquérito civil. Pense-se, por exemplo, em ação civil pública que tenha por objetivo a efetivação de direitos dos presos, relacionados à sua dignidade humana e garantidos em tratados internacionais.

No entanto, não é qualquer causa relacionada a direitos humanos que deverá tramitar na Justiça Federal. Para que isso aconteça, deve-se obedecer ao disposto no § 5° do art. 1 09: "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal".

A lgumas observações devem ser feitas sobre a redação do § 5° do art. 1 09.

Em primeiro lugar, cria-se regra de competência baseada em conceito jurídico indeterminado: "grave violação de direitos humanos". Embora não seja comum

essa opção, pois gera certa insegurança, é compreensível: o objetivo não-declarado é o de retirar da competência da justiça estadual causas que, em razão da sua magnitude, pudessem vir a sofrer com as influências políticas locais. É medida que se assemelha ao desaforamento, no procedimento para a apuração de crime doloso contra a vida, perante o tribunal do júri.

LEONARDO JOSÉ CARN EIRO DA CUNHA, que reputa inconstitucional a regra do art. 1 09, V-A, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional n.

45/2004, por violar o direito fundamental ao juiz natural, entende que "normas de competência não podem est:ir fundadas em conceitos jurídicos indeterminados, 204



devendo sua previsão constar de tennos precisos e rigorosos, constantes de leis formais, sob pena de gerar manipulações ou modificações de competência, por critérios que não sejam estritamente formais, gerando incertezas e atentando não apenas contra a segurança jurídica, mas igualmente, e sobretudo, contra a própria garantia do juiz natural".13º

Nesse particular, o legislador, embora tenha mostrado certa preocupação com as violações a direitos humanos, pareceu dispensar uma maior confiança à Justiça

Federal, como se esta operasse melhor e com mais isenção do que a Justiça Estadual, o que, sabemos, nem sempre é verdade. Tanto é assim que, até o presente momento, o STJ

se tem manifestado no sentido de que é imperativa a demonstração de incapacidade de as autoridades do Estado-membro desincumbirem-se a contento de suas funções, para que o mecanismo presente no §5º do art. 109 da Constituição Federal seja ativado.

Em segundo lugar, não é novidade a instauração de um incidente para o deslocamento da competência. O § 1 º do arl. 555 do CPC, inovação da Lei Federal n. 1 0.352/200 l , traz incidente semelhante, também baseado em conceito jurídico indeterminado: "Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

Em terceiro lugar, não há qualquer violação à garantia do juiz natural, na medida em que é regra geral de competência. Como se sabe, o direito fundamental ao juiz natural impede o chamado poder de comissão: a designação de juízos extraordinários para o julgamento de determinadas causas. Não é o caso: não se trata de regra que autoriza a designação de juízo de exceção. Cria-se um incidente de deslocamento de competência, identificando-se, previamente, de acordo com critérios gerais e abstratos: a) quais os critérios para a definição da competência da Justiça Federal; b) quem tem legitimidade para suscitar o incidente; c) quem tem competência para apreciá-lo.

Em quarto lugar, é importante observar que, sendo da competência do STJ o j ulgamento desse incidente de deslocamento da competência, caberá, contra a sua decisão, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal: a) a matéria é constitucional; b) não bá qualquer vedação constitucional neste sentido. Sucede que será um recurso extraordinário para a discussão de tipo constitucional composto de conceito jurídico indeterminado, o que se admite, embora seja tema controvertido na doutrina.

Em quinto lugar, cumpre lembrar que essa nova regra de competência somente diz respeito às causas que podem tramitar perante juízes federais, juízos monocráticos de primeira instância. Não houve qualquer alteração das regras de

competência que estabelecem "foros privi legiados" para certas autoridades, que devem ser processadas perante tribunais.

1 30. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Jurisdição e co111pe1ê11cia. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

P

Em sexto lugar, uma última advertência: acolhido o pedido de deslocamento da competência, os atos até então praticados são válidos, pois a autoridade era a competente.

O j ulgamento do STJ é fato superveniente que altera a competência absoluta ex nunc.

O dispositivo foi invocado no caso do assassinato da freira americana Doroty Stang, que teve lugar no Estado do ará, quando o Procurador Geral da República deu parecer favorável ao deslocamento da competência da justiça estadual daquele estado para a Justiça Federal. Contudo, entendeu o ilustre Ministro relator Arnaldo Esteves Lima que, além dos dois requisitos previstos no § 5° para justificar o deslocamento de competência (ocorrência de grave violação de direitos humanos e "assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais"), seria necessário ainda um terceiro, a saber, "a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais, etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo. em toda sua extensão, a persecu

ção penal", fundamento pelo qual rejeitou o incidente (STJ, LDC - l /PA, rei. Min.

Arnaldo Esteves Lima, j. 08/06/2005).

Tendo em vista o entendimento do STJ, que considera pressuposto para afedera!ização da competência para processar e ji, lgar a causa a incapacidade de as autoridades estaduais desincumbirem-se a contento das suas funções, é indispensável o estabelecimento do contraditório, neste incidente, que envolva essas mesmas autoridades. Enfim, o promotor de justiça e o juiz de direito devem ser ouvidos neste incidente, sendo-lhes permitido demonstrar que estão cumprindo satisfatoriamente com as suas tarefas e que, portanto, a transferência da causa para a Justiça Federal é desnecessária.

Finalmente, cabe mencionar uma importante decisão do STJ, que admitiu intervenção de amicus curiae nesse incidente. A Min. Laurita Vaz autorizou a intervenção de amicus curiae no Incidente de Deslocame11to de Competência n. 02, que tramitou no STJ, em que se objetivava a remessa para a Ju-;tiça Federal dos processos que cuidam da atuação de grupos de pistoleiros na Paraíba e em

Pernambuco (chamado de caso "Manoel Mattos".

A Min. autorizou o ingresso das organizações não governamentais (ONG) Justiça Global e Dignitatis - Assessoria Jurídica Popular.

Admitiu-se a intervenção de amicus curiae sem previsão legal, reconhecendo-se a importante função que esse sujeito processual exerce (sobre a possibilidade de intervenção alípica do amicus curiae, ver capítulo sobre intervenção de terceiro, neste volume do Curso).

Ainda que implicitamente, reconheceu-se a existência de alta carga de interesse público no objeto litigioso deste incidente de deslocamento de competência, previsto no

§ 5° do art. 1 09 da CF/88, importante instrumento de proteção aos d ireitos humanos. A federalização da causa somente será possível se ficarem constatadas a a probabilidade de grave violação de direitos humanos e a ineficiência das autoridades estaduais para conduzir o assunto, como visto. Há, assim, interesse público na investigação dos pressupostos que autorizam o deslocamento de competência, fato que justifica a intervenção do amicus curiae.

COMPETÊNCIA

1 6.4.3. Causas do art. 109, XI, CF/88: disputa sobre direitos indígenas Será competente a Justiça Federal para toda a ação que verse sobre direitos indígenas.131 A grande controvérsia é delimitar a extensão dessa competência: engloba apenas as causas que digam respeito à esfera coletiva dos índios, ou, também, aquelas relacionadas a direitos do índio individualmente considerado? Enfim, o inciso cuida dos "direitos dos índios" ou dos "direitos de um índio"?

O STF tem julgado que entendeu que ainda assim a competência seria da Justiça

Federal. '32 O STJ segue em sentido contrário, como se vê do enunciado 1 40 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Compete à .Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

Ver também o Conflito de Competência n. 39.8 1 8: "Não configura causa sobre direitos indígenas o pedido de alvará judicial feito por indígena para levantamento de valor depositado em conta de poupança do de cujus (falecido}, pois se trata de pretensão de natureza particular, e não de pretensão do grupo indígena", concluiu o relator. (...) Teori Albino Zavascki ressaltou ainda que "a competência da Justiça Federal para o julgamento de causas sobre os direitos indígenas (artigo 109, XI da CF/88) diz respeito aos direitos elencados no artigo 23 1 da Constituição Federal", o que não seria o caso do processo em questão.

Contudo, deve prevalecer o entendimento de que, em âmbito cível ou penal, a Justiça Federal é competente para julgar causas que versem sobre direitos indígenas, entendidos como aquelas que dizem respeito aos direitos indígenas coletivamente considerados. E m relação à s questões individuais, a incumbência recairá sobre a Justiça Estadual.

16.4.4. Causas referentes à nacionalidade e à naturalização: art. 109, X,fine A Lei de Registros Públicos, no art. 32, §4°, prevê que o interessado em manifestar sua opção pela nacionalidade brasileira deverá fazê-lo perante juízo federal. Trata-se de uma exceção constitucional à regra de que a Justiça Federal não trata de questões ele estado. Esta competência não abarca as demandas ele simples retificação de registro público.

1 3 1 . "COMPETÊNCIA. INDÍGENA. HOMICÍ DIO. A Seção, prosseguindo o julgamento, entendeu haver a competência da Justiça Federal no processo que apura crimes de homicídio cometidos por indígenas contra fazendeiros. Está evidenciado nos autos que os motivos ou causas dos delitos perpetrados dizem respeito à defesa de território étnico, evidenciando o envolvimento de interesses gerais de indígenas." CC

39.389-MT, Rei. Min. Laurita Vaz, julgado cm 1 0/3/2004.

1 32. '"Habeas corpus. Homicídio. Índio. Justiça Estadual. Incompetência. Artigo 1 09 - da Constituição Federal. Caso em que se disputam direitos indígenas, Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade

indígena ou urn índio em particular estão sob a rubrica do inciso X I do artigo 1 0 9 da Constituição federal. Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso." (l-IC 7 1 .835, 2" Tunna, Rei. Min. Francisco Rezek, DJ, 1, 22. 1 J .96, p. 45687).

207



A expressão "causas referentes à nacionalidade", presente no art. 1 09, X, deve ser entendida da maneira mais abrangente possível, uma vez que o dispositivo busca trazer à competência da Justiça Federal tudo o quanto envolva o tema, a exemplo da ação de verificação de possibilidade do naturalizado ser proprietário, armado ou comandante de navio nacional, ação de registro de nacionalidade brasileira e ação visando a concessão de passaporte.

Não obstante, existem exceções à esta orientação. Vladimir Carvalho i nforma que, na hipótese de naturalização, a competência da Justiça Federal se exaure com a entrega do título de naturalizado, inclu indo-se aí também ação de cancelamento de título de naturalização e toda ação que se refira à perda e aquisição de nacionalidade.133

Por outro lado, estão excluídas da competência da Justiça Federal, por exemplo, causas sobre adição de patronímico por brasileira naturalizada - referem-se a direito de família e registro público134 (ide súmula 5 1 TFR). Também estão afastadas causas de modificação de registro de br.1sileiro naturalizado.

16.S. Competência territorial da Justiça Federal

16.5.J. Considerações gerais

Convém relembrar a distinçã entre competência funcional e competência territorial.

Será territorial toda a vez que 10uver um elemento geográfico delimitando a área de competência do órgão judicial, seja em termos de distritos, municípios, regiões ou Estado.

As regras previstas nos parágrafos do art. 1 09 são apenas formalmente constitucionais, pois a competência territorial não é matéria atinente à estrutura do Estado, organização de seus órgãos ou direitos fundamentais. A competência não deixará de ser territorial porque prevista na Constituição F ederal. A utilidade da previsão é exatamente retirar da ordem jurídica disposições em contrário, impedindo que o legislador ordinário discipline diversamente a questão.135

A Justiça Federal organiza-se em seções judiciárias (no mínimo uma por Estado), com sede na Capital, podendo ainda haver varas federais situadas em cidades do interior.

Segundo Aluísio Mendes, com propriedade, esta fixação de competência é territorial, portanto de foro, ficando sujeita à prorrogação.

133. CARVALHO, Vladimir Souza. Comnetência da Justiça Federal. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.

244-246.

1 34. Enunciado n. 5 1 da Súmula do TFR: ··compete à Justiça Estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de compf nheiro brasileiro nato ...

135. MENDES, Aluísio Gonçalves. Competência Cível da Justiça Federal. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 1 08.

CoMPETENCIA

"Por certo haverá, sempre, uma vara federal com, a priori, competência sobre o lugar em que é domiciliado o segurado, mas a Carta exige que o órgão federal esteja instalado na comarca. Não estando, prevê o texto constitucional que 'serão processadas e julgadas na justiça do estado, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários'. Assim, por exemplo, nas seções judiciárias em que há varas federais instaladas apenas nas Capitais, todo o Estado estará sob a competência dessas varas.

Mas, incidindo o art. 109, §3°, opera-se verdadeiro corte na competência territorial, pois o órgão estadual passa a poder processar e julgar a causa como se integrasse a Justiça Federal (...) Exige-se, tão-somente, a presença, na comarca, da vara federal, podendo esta estar instalada em qualquer localidade integrante da comarca, coincidindo ou não com o lugar do foro central ou do foro regional. Por certo, em comarcas com grande extensão, englobando por vezes muitos municípios, haverá, ainda, algum distanciamento. Mas a proximidade da comarca foi considerada pelo legislador constitucional como suficiente".'36

A rt. 109, §1 CF/88. As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Embora foro constitucional, está sujeito à prorrogação. Trata-se de foro exclusivo que prevalece sobre qualquer competência territorial prevista no CPC. O texto fala apenas em seção judiciária, mas é óbvio que se deve entender que abrange a situação das chamadas subseções (ou varas federais no interior).

Art. 109, §2 CF/88. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas (todos são igualmente competentes, não havendo que se falar em incompetência relativa): a) na seção judiciária em que for domiciliado o autor; b) o foro em que houver ocorrido o ato ou fato; c) onde esteja situada a coisa; d) no Distrito Federal. Ver, por exemplo, o enunciado 689 da súmula da j urisprudência predominante do STF: "O segurado pode aj uizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro".137•138

16.5.2. CF/88, art. 109, §3º:juíw estadual com competência federa/

Os § § 3° e 4° do art. 1 09 da CF/88 autorizam lei infraconstitucional a, preenchidos certos requisitos, atribuir competência (jurisdição) da Justiça Federal para a Justiça Estadu-1 36. MENDES, Aluísio Gonçalves. Competência Cível da Justiça Federal. São Paulo: Saraiva, 1998, p.

1 1 8-1 1 9

137. Decisão do STF de 20.09.2005 ordenou o desmembramento de processo que apresentava no polo ativo litisconsortcs de Estados diferentes com propositura no Paraná, uma consequência à declaração de incompetência daquele juízo para a apreciação da lide. Reconheceu a referida decisão que poderiam os autores ter ingressado com a demanda no Distrito Federal, situação prevista no

texto constitucional, mas, uma vez proposta no Paraná, circunstância que também não se encaixa na hipótese do foro da ocorrência do fato ou ato, o Pretório Excelso houve por bem desmembrar a demanda e remeter cópias do processo às secções judiciárias respectivas de cada autor (RE 451 907/PR, rei. Min. Marco Aurélio, 20.9.2005).

1 38. Enunciado n. 23 FONAJEF- Fórum Nacional dos Juizados Especiais (2 1 . 10.2005): Nas ações de natureza previdenciária e assistencial, a competência é concorrente entre o JEF da Subseção judiciária e o da Sede da Seção judiciária (art. 1 09, §3° da CF e súmula 689 do STF).



o

j



ai, desde que não haja no local sede da Justiça Federal. Determinam, ainda, que o recurso contra estas decisões seja dirigido ao Tribunal Regional Federal - e não ao Tribunal de Justiça. Eis o teor dos dispositiv s:

§ 3º - Serão processadas e . ulgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4°-Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Duas são as hipóteses em que se admite a atribuição de competência.

A primeira autorização é específica e está prevista constitucionalmente: o constituinte se antecipou e atribuiu competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual nas hipóteses de causas previdenciárias, perm itindo que sejam processadas no foro dos segurados ou beneficiários, se lá não houver s de da Justiça Federal. Dispensa-se a legislação ordinária, pois a própria Constituição Federal cuidou de atribuir excepcionalmente esta competência ao juízo estadual. Não importa que o segurado seja réu ou autor: para ambas as situações delega-se j urisdição federal ao juízo estadual.

Nada impede que o segurado opte por demandar perante um juízo federal da

capital, não obstante tenha domicílio en cidade do interior em que não há vara federal: a regra de delegação foi criada para facilitar a vida do cidadão, mas não lhe é imposta como únjco caminho a ser seguido.139 Não lhe é autorizado, porém, demandar em outra cidade, perante juízo estadual, se naquela em ue reside há vara federal (STF, 2° T., AGRRE 227. 1 32/

RS, rei. Min. Marco Aurélio, j. 22.06. 1 999, DJ de 27.08. 1 999, p. 59). Não pode o INSS, também, propor demanda em face do segurado na capital, perante o juízo federal, se o réu estiver domiciliado em cidade da binterlâodia que não disponha de vara federal. Neste último caso, poderá o segurad oferecer exceção de incompetência relativa; se se calar, porém, haverá prorrogação da competência.

A criação ulterior de vara federal na localidade implica deslocamento da causa para o juízo federal, porque se trata de fato superveniente que altera competência absoluta e, portanto, está apto a quebrai a perpetuação da competência determinada pelo art. 87

do CPC. 140

139. A propósito, enunciado 11. 08 da ⍰úmula da jurisprudência do TRF da 4• Região: "Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurac'o para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal".

140. Neste sentido, PERR.INl, Raquel Fernandez. Compe1ê11cias da J11s1iça Federal Co11111111. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 306; BOCHENEI,., Antônio César. Compeléncia Cível da Jus/iça Federal e dos juizados especiais civeis, cit., p. 1 57. No '-;TJ, 3" S., CC n. 1 84 1 6-SP, rei. Min. Vicente Leal, j. 1 1 . 1 2 . 1 996. DJ de 24.02.1997, p. 3290; 1 • S., CC n 15.423, rei. M in. José de Jesus Filho, j. 28. 1 1 . 1 995, DJ de 12.02. 1 996, 2 1 0

COMPETÊNCIA

Veja recente decisão do STJ, que bem elucida a questão e ainda cuida do problema das varas distritais:

" 1 . A Vara Distrital na circunscrição territorial da Comarca com sede em outro município, na organização judiciária, não se distingue como Comarca para a previsão constitucional de competência federal delegada.

2. Havendo vara federal na comarca onde se situa o foro distrital, não há delegação de competência prevista no § 3° do art. 109 da Constituição Federal, restando incólume a competência da Justiça Federal.

3 . Adota-se tal entendimento inclusive para os processos em curso, haja vista que o princípio da perpetuatio jurisdictionis não se aplica em caso de competência absoluta, mas apenas de competência relativa ... " (STJ, 1 . S., CC 38.7 1 3/SP, rei.

Min. Luiz Fux, rei. p/ acórdão Teori Zavascki,j. 1 4.04.2004, DJ de 03. 1 1 .2004). 141

Vamos adiante.

O Superior Tribunal de Justiça ainda considera aplicável o enunciado 2 1 6 da súmula da jurisprudência predominante do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), 142

que afirma que essa autorização constitucional não se aplica em casos de mandado de segurança.143 A restrição é, a todos os olhos, descabida: a) a Constituição fala de causas previdenciárias, sem especificar o procedimento; b) mandado de segurança é direito fundamental; logo ele estaria fora de uma regra que tem o claro objetivo de favorecer o cidadão em face do Estado?

O texto constitucional menciona as causas que envolvam "segurados" ou "beneficiários". O texto permite uma interpretação extensiva, para que se entenda que não só os titulares de beneficias previdenciários, mas também aqueles que têm direito a benefícios assistenciais podem demandar em seu domicílio, se lá não houver sede da Justiça Federal.

Corretamente, a propósito, STJ, 3ª S., CC n. 377 1 7/SP, rei. Min. Hami lton Carvalhido, j .

e m 08. l 0.2003, publicado no DJ d e 09.1 2.2003, p. 209:

p. 2396; I' S., CC n. 12500-SP, rei. Min. César As for Rocha, j. 28.03. 1995, DJ de 12.06.1995, p. 1 7.575.).

Há, porém, decisões em outro sentido.

1 4 1 . Hã precedente, da mesma I' Seção do STJ, em sentido diverso: CC n. 38.7 1 2/SP, rei. Min. Eliana Calmon, j. 1 2 . 1 1 .2003, DJ de 09. \ 2.2003.

142. "Compete à .Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado conlra ato de autoridade previdcncii1ria, ainda que localizada em Comarca do interior".

143. CC 3 1 437-MG, publicado no DJ de 3 1 .03.2003, p. 146, rei. Min. LAUR ITA VAZ: "PROCESSUAL CI

VIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. SUSPENSÃO. PAGAMENTO. ATO DE CHEFE DE POSTO

LOCAL DO INSS. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. VARA FEDERAL. INEXl.STÊNCIA.

EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO FEDERAL PELO JUIZ DE DIREITO. ART. 1 09, 3°, CF/88. HIPÓTESE

NÃO CARACTERIZADA. APRECIAÇÃO. RECURSO. COMPETÊNCIA. CORTE ESTADUAL. 1 .

A Terceira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência n o sentido de que a delegação de competência inseria no arl. 109, § 3º, da Constituição Federal, não incide em mandado de segurança no qual é discu1ida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula n.0 2 1 6 do extinto Tribunal Federal de Recursos".

2 1 1



fREDIE DIDIER JR.

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO ASSlSTENClAL. A RTIGO

109, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCLDÊNClA.

DESCUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRJA. IMPOSSIBfLIDADE.

1 . A literalidade do parágrafo 3° do artigo 1 09 da Constituição da República deixa certo que à Justiça Estadual foi atribuída a competência excepcional para processar e julgar no foro do domicíl o dos segurados ou beneficiários, exclusivamente, as

,

causas em que forem parte in�tituição de previdênc ia social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de varra do juízo federal, além daqueloutras pennitidas em lei.

2. À luz da evidente razân da norma inserta no parágrafo 3° do artigo 1 09

da Constituição da Repúbl ica, é de se interpretá-la atribuindo força extensiva ao termo "beneficiários", de modo a que compreenda os que o sejam do segurado, mas também aqueloutros do beneficio da assistência social, como, aliás, resta implícita na jurisprudência desta Egrég ia Terceira Seção. que tem compreendido no beneficio previdenciário o beneficio a�sistencial."

A Constituição Federal também procede a uma autorização genérica para o legislador i n fraconstitucional atribuir competência ao juízo estadual. Prescreve que a lei infraconstitucional poderá proceder a essa atribuição, qualquer que seja a causa, desde que no foro local não haj.i sede da Justiça Federal - se houver, de fato, não há necessidade de atribuir-se, pois a razão de ser dos dispositivos é exatamente facilitar o acesso à Justiça Federal, a qual, é cediço, se encontra sediada apenas em capitais e grandes cidades do interior do Rrasil. 144 Frise-se que essa atribuição deve vir expressamente prevista na lei federal, não se admitindo interpretação elástica. São exemplos: art. 1 5, Lei Federal n. 5.0 1 0/66, 45 art. 4°, Lei Federal n. 6.969/8 1 (usucapião especial rural), 146 cartas precatórias (art. .2 1 3 do CPC), execução fiscal (art. 1 5 da Lei Federal 144. MENDES, Aluísio Gonçalves. Co111,?eté11cia Cível da Justiça Federal. São

Paulo: Saraiva, 1 998, p. 1 15.

145. Art. 1 5 da Lei Federal n. 5.010/66: "Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juízes Estadua s são competentes para processar e julgar: l - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuiL.ados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; l i

- as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente fôr domiciliado na Comarca; Ili -os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou bl neficiários residentes na Comarca, que se referirem a beneficios de natureza pecuniária".

146. § 1 ºdo an. 4º da Lei Federal n. 6.96 U8 1 : "'Observado o disposto no an. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Est tdo, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao M inistério Público local, na primei ·a instância, a representação judicial da União". Este parágrafo não prescinde de adaptações históricas a) a referência é à Constituição antiga; o número do atual artigo da Constituição que autoriza a dellgação é o 109, como visto; b) não existe mais o Tribunal Federal de Recursos; o recurso deve ser dirigido ao Tribunal Regional Federal, conforme o §4° do art. 109 da CF/88; c) o M inistério Público, apó> a CF/88, não atua mais como representante judicial da União (art.

129, IX, CF/88); a defesa da União deverá ser feita por um dos advogados que compõem os quadros da Advocacia Geral da União. Assim, havendo intervenção da União, ou de qualquer de seus entes, bem como seja ela (eles) ré necessária (lOmo confinante, p. ex.), e não existindo sede da Justiça Federal no local em que se situa o imóvel usuc 1piendo, a demanda deverá ser ajuizada perante a Justiça Estadual, com recurso dirigido ao Tribunal Regional Federal. O que importa é que a causa sempre tramite no foro do local do imóvel. O Superior Tribunal de Justiça já sumulou este entendimento, recepcionando 2 1 2



n . 5.0 1 0/66), 147 expedição de certificado de naturalização (art. J 1 9, § 2°, Lei Federal n .

6.8 1 5/80) etc. O n . 349 d a súmula do STJ traz mais um exemplo d e causa federal que o juiz estadual tem competência para processar: "Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS".

Competência recursa!. Muito embora corra o processo na justiça estadual, o recurso será para o Tribunal Regional Federal (art. 1 09, § 4º, CF/88).

1 6.6. Competência do Tribunal Regional Federal (art. 1 08 da CF/88) A competência cível do TRF é sempre funcional, não sendo relevantes os sujeitos da demanda nem a matéria discutida. Divide-se em originária, inciso 1 do art. 1 08 da CF/88, e derivada, inciso li do mesmo artigo.

A competência originária cível do TRF está prevista em três alíneas do inciso I do art.

1 08: a) julgar ação rescisó1ia ajuizada contra seus julgados ou julgados de juízes federais (alínea "b"); b) julgar mandado de segurança e habeas data contra seus atos ou atos de juízes federais (alínea "c"); c) julgar conflito de competência entre juízes federais (alínea "e").

O Superior Tribunal de Justiça deu interpretação extensiva à alínea "e" do inciso 1

do art. 1 08 da CF/88, para que se entenda como da competência do TRF o julgamento do conflito de competência envolvendo juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal (art. 1 09, § 3º, CF/88), da mesma região - enunciado 03 da súmula da jurispmdência dominante do STJ.

Algumas dúvidas surgem em relação à competência do TRF para processar e julgar ação rescisória e mandado de segurança contra ato judicial, quando o ato questionado for de outro tribunal, de um juiz estadual investido de jurisdição federal e de juiz estadual sem investidura federal, e tais demandas tenham sido ajuizadas por entes federais. U m exemplo, para elucidar: d e quem é a competência para processar e julgar ação rescisória ajuizada pela União, na qualidade de terceira, com o objetivo de rescindir acórdão proferido por um Tribunal de Justiça?148

o mencionado parágrafo primeiro como hipótese de delegação de competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual. Eis o teor do enunciado nº 1 1 da súmula do STJ: "A presença da União ou de qualquer dos seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel."

147. Interessante a observação de Raquel Perrini, lastreada em sólida jurisprudência: "Releva anotar, ainda, que a competência para o executivo fiscal

atrai também para conhecer, processar e julgar os embargos do devedor e os embargos de terceiro eventualmente opostos, por estarem atrelados à ação executiva ajuizada pela União ou por suas autarquias perante a Justiça dos Estados. Porém, tratando-se de embargos de terceiro opostos por quaisquer das pessoas que detenham foro federal, a competência para os conhecer, processar e julgar é da Justiça Federal Comum, ficando sobrestada a execução fiscal até a decisão dos embargos". (Competências da Justiça Federal comum, p. 3 1 6.) 148. Ver o enunciado 11. 330 da súmula do STF: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos estados".

2 1 3



A resposta a essas dúvidas pode ser apresentada em forma de quadro esquemático.

Mandado de segurança

Ação rescisória

O TRF não tem competência para proce.s- O TRF não tem competência para sar e julgar. Há uma regra constitucional

Allórdão

processar e julgar. Há uma regra

implícita, corroborada pela súmula do

de outro

constitucional implícita de que o

STF,147 de que o mandado de segurança

tribunal

tribunal tem competência para julgar

contra ato do tribunal é da competência a ação rescisória de seus julgados.

do próprio tribunal que proferiu o ato.

Aqui a competência do TRF é discutível, Aqui a competência do TRF é pois o texto expresso da CF/88 não men- discutível, pois o texto expresso ciona o MS contra ato de juiz estadual da CF/88 não menciona a ação Decisão de

investido de jurisdição federal. Tendo rescisória de decisão de juiz esta-juiz estadual

em vista: a) a interpretação extensiva dual investido de jurisdição federal.

investido

que o STJ fez da alínea "e"; b) que o MS, Tendo em vista a interpretação ex-de jurisdição nesses casos, fum;iona como sucedâneo tensiva que o STJ fez da alínea "e", federal

recursai, é razoável entender que o TR.F é razoável entender que o TRF teria teria competência para processar e julgar competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de juiz a ação rescisória, em tais casos.

estadual investido de jurisdição federal.

Decisão

O TRF não tem competência, nesta

O TRF não tem competência, nesta bipó-

de juiz

hipótese. Esta ação rescisória será

tese. Este mandado de segurança será da

estadual sem

da competência do tribunal a que se

competência do tribunal a que se vincular

investidura

vincular o magistrado que proferiu

o magistrado-coator.

federal

a decisão rescindenda.

A competência recursai do TRF está regulada no art. l 08, 11, da CF/88. Compete ao TRF julgar o recurso interposto contra as decisões dos juízes federais e dos juízes estaduais, investidos de j urisdição federal. Embora omissa a CF, também terá competência o TRF para julgar embargos de declaração e embargos infringentes interpostos contra seus próprios julgados - trata-se de competência implícita, admitida pelo STF no direito brasileiro.

Não tem o TRF competência para julgar recurso interposto contra decisão de juiz estadual sem investidura federal, conforme, aliás, consolidada interpretação jW'isprudencial (enunciado 55 da súmula da j unsprudência predominante do STJ).

Assim, quid iuris se a União (ou entidade autárquica ou empresa pública federais) recorrer, como terceira, de sentença prolatada contra a sociedade de economia mista: desloca-se o j ulgamento para Justiça Federal ou permanecerá competente o Tribunal de Justiça do Estado-membro? E se ela pedir para intervir como assistente em processo que está pendente de julgamento em segunda instância da Justiça Estadual?

No primeiro caso, o recurso, a despeito de ter sido interposto pela União, deverá ser j ulgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, e não pelo Tribunal Regional Federal, porquanto esse somente tem competência recursai para "as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua j urisdição".



Do mesmo modo, "se a autarquia federal ingressa como assistente de uma das partes, após proferida a sentença, a causa não se desloca da Justiça Estadual para a Justiça Federal, pois o Tribunal Regional Federal não poderia exercer juízo de revisão sobre a sentença de juiz estadual. . ".149 Incide, na sua inteireza,

.

o enunciado n. 55 do Superior Tribunal

de Justiça. Na mesma linha, e também aplicável, o vetusto enunciado n. 5 1 8 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "A intervenção da União, em feito já julgado pela segunda instância e pendente de embargos, não desloca o processo para o Tribunal Federal de Recursos".15º

O Superior Tribunal de Justiça publicou o enunciado n. 365 da súmula da sua jurisprudência predominante: "A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a .Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual".

Em relação ao primeiro trecho do enunciado, nada a acrescentar, tendo em vista que se trata de aplicação direta do inciso 1 do art. 109 da CF/88.

O trecho final do enunciado, porém, não parece correto ("ainda que a sentença tenha sido proferida por Jufzo estadual"). É que, proferida a sentença, a competência para o julgamento do recurso passa a ser do tribunal. A competência recursai do TRF está prevista no art. 1 08, li, CF/88. Ali, apenas se prevê competência derivada para os casos de recursos contra decisões de juízes federais e de juízes estaduais investidos de jurisdição federal. O TRF não pode julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual. A regra foi confirmada pelo enunciado n. 55 do mesmo STJ. Assim, proferida a sentença por juízo estadual, a causa deve continuar tramitando perante o respectivo Tribunal de Justiça, mesmo que a União passe a fazer parte do processo.

Note que se a intervenção da União ocorrer ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal (art. 1 09, 1, CF/88; súmula do STJ, n. 1 50).

Como se vê, a parte final do enunciado n. 365 do STJ não está em conformidade com a CF/88 e, o que nos deixa perplexos, está em contradição com o n. 55 da mesma súmula do STJ.

Ao examinar um dos precedentes que gerou esse enunciado sumulado (CC n. 83281/

SP, j. em 1 4 . 1 1 .2007, publicado no DJ de 10. 1 2.2007, p. 287), nota-se que ao trecho criticado pode ser atribuído um outro sentido, este adequado à Constituição.

Se a intervenção da União se der na fase de execução (em primeira instância) de

sentença proferida por juiz estadual, a causa deve ser realmente remetida ao juízo federal. Neste caso, o n. 365 da súmula do STJ pode ser aplicado. Não há qualquer 1 49. CARNEIRO, Alhos Gusmão. Jurisdição e co111peré11cia. 9" cd. São Paulo: Saraiva, 1 999, p. 124.

150. Em sentido contrário, sem maiores argumentos, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

"Com base na jurisprudência cio STF no sentido de que compete à Justiça Federal manifestar-se, em ação de usucapião, sobre a existência ou não de interesse jurídico da União na lide, a Turma decidiu que compete ao Tribunal Regional f'ederaljulgar, em sede recursai, a decisão de magistrado estadual que não admitira a intervenção da União, requerida em razão da área usucapienda confrontar com terreno de marinha ... " (R.E

144.880-ES, rei. Min. Celso de Mello, 3 1 . 10.2000; precedente citado RE 203.088-SC, DJU de 13.03.1998).

Nessa mesma linha, STJ, Conflilo de Competência Nº 38.790 - RS, rei. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 27.08.2003.

problema na alteração do juízo em fase de execução, se sobrevier fato que altere a competência absoluta (como a intervenção da União). Assim, embora se mantenha a crítica quanto à redação do enunciado, que poderia ser mais claro, é preciso reconhecer que é possível extrair de seu trecho final uma interpretação em conformidade com o texto constitucional.

Perceba, porém, que, se a intervenção do ente federal se der ainda em primeira instância, a causa deverá ser remetida à Justiça Federal, por força do art. 1 09, I, aplicado à competência dos juízes federais.

Há, ainda, uma última advertência: se o TRF, ao julgar uma apelação interposta pela União, em processo em que ela lttiga em litisconsórcio com um ente privado (um banco, por exemplo), reconhecer a sua ilegitimidade ad causam, e excluí-la do feito, não será caso de remessa dos autos à Justiça Estadual nem de reconhecimento de uma eventual incompetência absoluta da Justica Federal para ter processado a causa até então. Caberá ao TRF prosseguir no julgameat do recurso, a despeito da exclusão do ente federal. Em primeiro lugar, cabe ao TRF, e não ao TJ, julgar o recurso interposto contra decisão de juiz federal. Em segundo lugar, a Justiça Federal não era incompetente, pois até então a União estava no processo, tanto que, no caso citado, o magistrado a quo lhe reconhecera legitimidade ad causam. Lembn:-se: a competência do TRF não é determinada em razão da pessoa; trata-se de competência funcional, hierárquica (julgar recurso). A situação seria outra se o recurso fosse o agraYo de instrumento: é que, excluído o ente federal, e não tendo terminado o processo em primeira instância, que prosseguia, caberá ao juiz federal, tendo em vista que não mais subsiste o fato que lhe imputava a competência (presença do ente federal no processo, art. 1 09, l , CF/88), remeter os autos à Justiça Estadual.

CAPÍTULO V

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Sumário • 1. A política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos - 2. A Resolução n. 1 25/201 O

do Conselho Nacional de Justiça - 3. Mediação e conciliação: distinções e semelhanças - 4. Normas que regem a mediação e a conciliação - 5. O centro de solução de conflitos e cidadania - 6. As câmaras privadas de mediação e

conciliação - 7. As câmaras administrativas de mediação e conciliação - 8. Considerações críticas.

1 . A POLÍTICA PÚ BLICA D E TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

JURÍ DICOS

Instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 1 25/20 1 2 do Conselho Nacional de Justiça).

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

O Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 1 25/20 1 0 do CNJ

confirma isso - a ela será dedicado o próximo item.

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. Apenas para exemplificar: a) atualmente é possível a real ização de divórcio e partilha consensuais no âmbito administrativo, desde que não haja incapaz envolvido; b) o juiz tem o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo (art. 1 25, IV, CPC); idêntico dever têm os respectivos advogados (art. 2°, par. ún., VI, do Código de Ética dos Advogados); c) qualquer acordo pode ser levado a homologação pelo juiz competente (art. 475-N, V, CPC, e art. 57 da Lei n. 9.099/ 1 995).

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência - ver item mais à frente.

Pode-se, inclusive, defender a atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição obviamente para os casos em que ela é recomendável.

-

Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

2 1 7

O

FREDIE ÜIDIER JR.

2. A RESOLUÇÃO N. 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL D E JUSTIÇA

O mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação é a Resolução n. 1 25/201 O, do Conselh Nacional de Justiça.

Esta Resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1 °); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art. 4°); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art.

7º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 1 2), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art. l 3); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores.

A reprodução dos considerando da Resolução cumpre bem a sua função didática, revelando com clareza a import�lncia deste ato normativo e os seus objetivos: "CON

SIDERMTDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabi lidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 1 8 de março de 2009; CONSI

DERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem j urídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a

mediacão e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a concil iação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicrnlização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e un iformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para U1es evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; CON SIDERANDO o deliberado pelo P lenário do Conselho 218

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Nacional de Justiça na sua 1 1 7ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2 0 1 O, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.201 0.2.00.00001 •

3 . MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como

acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito.

Não são, por isso, espécies de beterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação ele um terceiro.

Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de "solução alternativa de controvérsias" (ADR, na sigla em inglês: a/ternative dispute resolution). O adjetivo, no caso, funciona para contrapor essas formas ele solução dos conflitos à jurisdição estatal.

Esses são os aspectos que aproximam essas duas técnicas. A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil - e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção da autocomposição.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto di verso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entTe os interessados, um facil itador do diálogo entre eles, auxil iando-os a compreender as questões e os interesses em confl ito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem beneficios mútuos. Na técnica da media

ção, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Em ambos os casos, veda-se a utilização, pelo terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as pa11es conciliem.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existente o processo jurisdicional. Neste último caso, o mediador e o conciliador são importantes auxiliares da justiça. Esta qualificação é importante,

pois a eles devem l . Esta Resolução foi clara111cn1c inspirada no pensamento de Kazuo Watanabc: WATANAl3E, Kazuo. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para 1rata111e1110 adequado dos conflitos de interesses". Disponível e111: http://www.tjsp.j us. br/Down load/Conci 1 iacao/Nucleo/ParecerDesKazuo Watanabe.pd f, consultado cm 1 8.09.20 12.



ser aplicadas as regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição.

A mediação e a concil iação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com um viés mais informal, em escritónos de advocacia, por exemplo. Há, ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, institucionalmente vinculadas à Administração Pública.

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais.

É i mportante que se encare este tipo de atuação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça. Nada impede, porém, que a mediação e a conciliação sejam feitas pro bano, como trabalho voluntário.

Os interessados podem escollier, consensualmente, o mediador e o conciliador. A escolha pode recair em um profiss onal que não esteja cadastrado perante o tribunal. este caso, é preciso providenciar este cadastro.

O cadastro é impo11ante, pois, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, os mediadores e conciliadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ, além de se submeterem a reciclagens periódicas (art. 1 2, Resolução n. 1 25/2010 do C J).

4. NORMAS QUE REGEM A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A independência rege a atuação do mediador e do concil iador, que têm o dever

de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interrompe,. a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouc havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexequível (art. l º, §5º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais - Anexo da Resolução n. 1 25/201 0-CNJ)

A imparcialidade é, realmente, indispensável em um processo de mediação ou conciliação. Mediador e conciliador não podem ter qualquer espécie de ioteresse no conflito.

Trata-se de um reflexo do princípi o da impessoalidade, próprio da administração pública.

A aplicação de técnicas negociais. com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, não ofende, porém, o dever de imparcialidade.

O princípio do autorregramento da vontade é, como se sabe, corolário da liberdade. Na mediação e na conciliação, é um ressuposto e, ao mesmo tempo, a própria razão de ser: tudo é pensado para que as partes defü1am a melhor solução para o seu problema jurídico.

O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais impo11ante no particular. O mediador e o conciliador estão, por isso, proibidos de constranger os interessados à autocomposição.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O poder da vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 2°, §2°, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais - Anexo da Resolução n. 1 25/201 0-CNJ).

A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Mediador e conciliador têm, assim,

o dever de sigilo profissional.

Ambos, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

A oralidade e a il?formalidade orientam a mediação e conciliação. Ambas dão a este processo mais "leveza", sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível e não devem usar nenhum tipo de roupa solene (veste talar, toga etc.). É conveniente que a negociação realize-se em ambiente tranquilo, se possível sem barulho, em mesa redonda e com as paredes pintadas com cor clara. Todos são aspectos cênicos importantes, pois permitem um diálogo mais franco, reforçando a oralidade e a informalidade.

É imprescindível, porém, que as partes sejam bem informadas. O consenso somente deve ser obtido após a correta compreensão do problema e das consequências do acordo.

A informação garante uma participação dos interessados substancialmente qualificada. A qualificação da informação qualifica, obviamente, o diálogo. Eis o princípio da decisão informada. Avulta, neste momento, o papel do mediador e do concil iador, como condutores da negociação.

5. O CENTRO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

Os tribunais deverão criar centros de solução de conflitos e cidadania. A criação destes centros e as suas linhas gerais estão previstas nos arts. 8º a 1 1 da Resolução n. 1 25/201 O

do CNJ. É importante observar que, de acordo com a mencionada Resolução, a criação destes centros é obrigatória.

Estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, que ficarão a cargo de mediadores ou conciliadores.

Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito (art. 8°, caput).

Os centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto,

aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de concil iadores e mediadores (art. 9°, caput).

As sessões de conci 1 iação e mediação pré-processual devem realizar-se nestes centros; se o processo já houver sido instaurado, a conciliação e a mediação podem ocorrer na sede do respectivo ju ízo, sempre com a participação de mediadores e conci 1 iadores.

2 2 1

FREDIE DIDIER JR.

6. AS CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação podem realizar-se perante câmaras privadas. Nos EUA, por exemplo, é o que normalmente acontece. Bem pensadas as coisas, talvez seja este o ambiente mais adequado para a solução negocial dos conflitos.

Essas câmaras possuem suas 1 egras procedimentais, além de um quadro de mediadores e conciliadores cadastrados.

Tanto podem caracterizar-se como exercício de uma atividade lucrativa, como podem ser câmaras de conciliação de caráter comunitário, geridas por associações de bairro ou outras entidades não-governamentais sem finalidade l ucrativa - como, por exemplo, os sindicatos, com as suas comissões de concil iação prévia para as questões trabalhistas.

As câmaras de arbitragem costumam atuar, também, corno instância de mediação e conciliação.

7. AS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Administração pública pode criar câmaras administrntivas para solução consensual de conflitos.

Essas câmaras podem ter competência para, por exemplo, a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p. ex.); c) promover, quando couber, a celebração de tenno de aj ustamento de conduta, instrumento negocial importante para a solução de conflitos coletivos (art.

5º, §6º, Lei n. 7.347/ 1 985).

A Câmara de Concil iação e Arbi tragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, tem sua

estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 201 O, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 1 5 de julho de 20 1 1 2• Trata-se de modelo muito interessante e que pode servir corno paradigma para a criação de órgãos semelhantes nos outros entes federativos.

2. O art. 1 8 do Decreto n. 7.392/201 O estabelece a seguinte competência da CCA F: "I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; íl - requisitar aos órgãos e e·nidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; 111 - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública cios Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais nembros cio Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Tenno de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a)f'OCedimento conciliatório; VI -propor, quando couber, ao Consultor

-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades concil ia,órias no âmbito das Consultorias Juridicas nos Estados."

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

8. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário3 ou como técnica de aceleração dos processos4• São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à

participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregrarnento.

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constrangem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as f·unções de mediador ou conciliador.

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e concilia

ção, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)5. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

3. Com preocupação semelhante, FLAv10 Y ARSllEl.L, que acrescenta: "a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes - direito mais do que legítimo - passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não estú disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação c configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos". (YARSHELL, Flávio Luiz. "Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". Foi/ia de São Paulo, 08.1 2.2009, p. A3.) 4. Com o grave risco de celebração de •·acordos inexequíveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos "resolvidos" ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e ele adequação constin1cional"'. (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. ··conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos". Revista Consultor Jurídico, 3 1 .08.2012.) 5. Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. "Contra o acordo". Um novo processo civil. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 1 2 1 e segs. A propósito, eis o que afirma: "A disparidade de recursos entre as parles pode influenciar o acordo de

três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as infon11ações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito.

Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo cm razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicinl, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorí1rios advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória. (FISS, Owen. "Contra o acordo"., cit., p. 125).

CAPÍTULO VI

TEORIA DA ÁÇÃO

Sumário • 1. Direito de ação, ação, procedimento e direito afirmado - 2. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas - 3. A demanda e a relação jurídica substancial - 4. Elementos da "ação": 4.1 . Causa de pedir e pedido; 4.2. Partes - 5. Condições da "ação": 5. 1 . Generalidades; 5.2. Notas sobre a teoria da asserção; 5.3. A possibilidade jurídica do pedido; 5.4. A legitimidade para agir em juízo: 5.4. 1 . Noção; 5.4.2.

Classificação; 5.4.3. Substituição processual ou legitimação extraordinária; 5.4.4. Substituição processual e sucessão processual; 5.4.5. Substituição processual e representação processual; 5.5. O interesse de agir:5.5. I.

Generalidades; 5.5.2. O interesse-utilidade; 5.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias; 5.5.4. O

denominado interesse-adequação - 6. Tipologia das "ações": 6 . 1 . Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal; 6.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária; 6.3. Classificação segundo o tipo de tutela jurisdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas; 6.4. Classificação das ações de conhecimento (certificação): 6.4. 1 . Ações de prestação; 6.4.2.

Ações constitutivas; 6.4.3. Ações meramente declaratórias; 6.4.4. O arl. 4º, par. ún, CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e ação de prestação (condenatória). O art. 475-N, 1, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .232/2005; 5.5. Ações dúplices - 7. Cumulação de ações - 8. Concurso de ações.

1 . DIREITO DE AÇÃO, AÇÃO, PROCEDIMENTO E DIREITO AFIRMADO

Ação é termo que possui mais de uma acepção na linguagem da Ciência do Direito Processual. Costuma ser utilizado para referir ao direito de ação, ao procedimento, à demanda e, enfim, ao direito afirmado em juízo.

Direito de ação1 é o direito fundamental (situação jurídica, po1tanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e e fetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabi !idade da j urisdição e do devido processo legal - ambos já examinados neste volume do Curso. Sobre a complexidade do direito de ação, ver o próximo item.

Ação é um ato jurídico. Trata-se do exercício do direito de ação - por isso, pode ser chamada também de ação e.xercida2• A ação também é conhecida como demanda - termo preferível, para evitar incompreensões. Trata-se de ato jurídico importantíssimo3, pois, 1 . Pedro Henrique Pedrosa Nogueira propõe a designação "direito fundamental à jurisdição", para reforçar a fundamentalidade desse direito, além de evitar confusão terminológica em razão das diversas acepções do vocábulo "ação" (v.g., ação de direito material, ação processual,

ação como direito de demandar etc.).

Sobre o assunto: NOGUEtRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direiro Ma reria!. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 45 e segs.

2. NEVES, Celso. Estr11turaji111da111ental do processo civil. llio de Janeiro: Forense, 1995, p. l 1 7- 1 1 8.

3. Leonardo Greco aponta este sentido como "muito importante": trata-se de "ação como demanda, como conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a res in j11dicium deducta, tanto objetiva quanto subjetivamente" (A 1eoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p.

12).

FnEDIE DIDIER JR.

além de ser o fato gerador do processo, define o objeto litigioso, fixando os limites da atividade jurisdicional - sobre o objeto litigioso, ver o capítulo sobre a Teoria da Cognição, neste volume do Curso.

Pode-se afirmar que o processo irá adequar-se às peculiaridades daquilo que fo i demandado. O estudo d o direito de ação não se confunde com o estudo d a ação, embora com ele, obviamente, se relacione. O simples fato de um ser um direito (situação jurídica) e o outro ser um ato jurídico já impede qualquer confusão.4

O estudo dos "elementos da ação" (pedido, causa de pedir e pedido), da "cumulação de ações", do "concurso de ações", da "classificação das ações" diz respeito à "ação exercida", e não ao direito de ação. Questões envolvendo coisa julgada, litispendência, conexão e continência, prejudicialidade, intervenção de terceiro, legitimidade para agir e interesse processual também estão intimamente relacionadas à "ação exercida".

Por isso este capítulo dedica-se, sobretudo, ao estudo da demanda - ressalvado o item dedicado à demonstração da complexidade do direito de ação. Para a compreensão do direito de ação, remete-se o leitor ao capítulo sobre jurisdição, especificamente ao item dedicado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não se pode confundir, ainda, o direito de ação com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação. O direito afirmado compõem a res in iudicium deducta e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada. Direito de ação e direito afirmado são distintos e autônomos: o direi lo de ação não pressupõe a titularidade do direito afirmado. Além disso, o direito de ação não se vincula a nenhum tipo de direito material afirmado: o direito de ação permite a afirmação em juízo de qualquer direito material. Por isso, diz-se que o direito de ação é abstrato, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição.

Finalmente, para encerrar estas distinções, procedimento é o um conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. Além de uma organização de atos, o procedimento define também as diversas posições jurídicas de que os diversos sujeitos do procedimento serão titulares. O procedimento é a espinha dorsal do formalismo processual, de acordo com a conhecida metáfora de Carlos Alberto Alvaro de Ol iveira.5

4. Assim, ao classificar as ações (em condenatórias, constitutivas ou declaratórias, p. ex.), a doutrina está classificando as demandas - a ação como ato jurídico. Não se trata de uma classificação do direito de ação, que realmente não poderia ser classificado em direito de ação condenatória, direito de ação constitutiva e direito de ação declaratória, porque. como visto, se trata de um direito que abstrai o direito afirmado em juízo.

E é importame distinguir os tipos ele demanda. Esta é, ent.'io, mais uma utilidade da distinção entre "ação"

e "direito de ação". Em sentido di,·erso, porém, considerando "ação" e "direito de ação" como sinônimos, Cassio Scarpinella Bueno entende que a chamada "classificação das ações" é uma designação equivocada, pois o "direito de ação" não podcna ser qualificado ou adjetivado. Prefere, então, referir a classificação da tutela jurisdicional (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistemotizado de direito processual civil. 2" ed.

São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1 , p. 300.)

5. Considera-se fom1alismo processual a totalidade formal do processo, "compreendendo não só a fom1a, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, 226



TEORIA DA AÇÃO

A ação é o primeiro ato do procedimento principal; a ação instaura o procedimento.

O direito de ação confere ao seu titular o direito a um procedimento adequado, para bem tutelar o direito afirmado na demanda. As noções, como se vê, se relacionam, mas não se confundem.6

Em certos casos, autoriza-se o exercício do direito de ação incidentalmente a um procedimento já instaurado. Neste caso, esta ação não será o primeiro ato do procedimento - que se iniciou a partir de outra ação. É o que acontece com a reconven

ção, que é uma ação do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. O processo iniciou-se pela ação do autor; o réu se vale deste processo já existente para exercer incidentalmente o seu direito de ação.

2. O D I R.ElTO DE AÇÃO COMO U M COMPLEXO DE SITUAÇÕES JURÍD I CAS

O direito de ação é, como qualquer direito, uma situação jurídica. Sucede que o conteúdo deste direito é complexo7: trata-se de direito composto por uma infinidade de situações jurídicas8.

Neste complexo de situações jurídicas, há algumas que são pré-processuais (situações jurídicas titularizadas e exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda). É o caso do direito de provocar a atividade jurisdicional e do direito à escolha do procedimento.

Esses dois direitos, que compõem o conteúdo do direito de ação, são exemplos de direito potestativo.

No primeiro exemplo, há um direito potestativo à criação de um complexo de rela

ções j urídicas, envolvendo os diversos sujeitos do processo que então se inicia - rever o conceito de processo como feixe de relações jurídicas, no capítulo introdutório, neste volume do Curso.

Perceba que, após o exercício do direito de provocar a jurisdição, surgem o direito à tutela jurisdicional (direito à resposta do Estado-Juiz, que deve ser qualificado pelos coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Doformalis1110 no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 06-07).

6. É por isso que não se adota a expressão ·'ação adequada", utilizada por Marinoni, para designar aquilo que pode ser mais bem identificado como

"procedimento aclec1uaclo", evitando-se incompreensões tenninológicas. "Ação adequada" é, assim, metonímia que se deve evitar (pelo uso ela expressão "ação adequada", MAR.INONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 283 e segs.).

7. É como afirma Paula Costa e Silva: "o direito de acção tem con1clido múltiplo, sendo, por isso, uma situação juridica complexa, decomponível cm várias situações jurídicas mais simples (direito de resposta, direito ele audiçilo prévia, clirci10 à prova)." (SILVA, Paula Costa e. Acto e Proce.sn: O dogma da irrelevância da vonrade 110 inte1pretaçlio e nos vícios do ato postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 150).

8. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidicro chegam a idêntica conclusão: "O direito de ação é direito compósito". (OLIVEIRA, C<1rlos Alberto AI varo de; M JTI DI ERO, Daniel. C111:1"0 de Processo Civil.

São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. J 64, nota 2; assim, também, mais longamente, OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo de; M ITI DI ERO, Daniel. Curso de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 201 O, v. 1 , p. J 40.). Também reconhecendo o direito de ação como complexo ele "poderes e faculdades", MAR.fNONI, Luiz Guilherme.

Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006, p. 261.

atributos do devido processo legal) e o dever de o órgão julgador examinar a demanda.

Além disso, o exercício do direito de provocar a atividade j urisdicional toma alguém réu - sujeito a quem se imputam di versas situações jurídicas. Aquele que é colocado como réu se sujeita, então, ao exercício desse direito potestativo, vendo transformada a sua esfera jurídica.

O direito à escolha do procedimento é, também, um direito potestativo. Esse direito é facilmente identificável nos casos em que cabe ao autor a escolha entre um procedimento ou outro. Aquele que se afirma possuidor pode, por exemplo, optar por um procedimento especial (art. 924 do CPC brasileiro9) ou por um procedimento comum (sumário ou ordinário) para buscar a proteção possessória jurisdicional. Aquele que se afirma titular de direito, em face do Poder Público, cujo suporte fático pode ser comprovado documentalmente (o conhecido "direito líquido e certo"), pode valer-se, à sua escolha, do procedimento especial do mandado de segurança ou de um procedimento comum.

Essa observação é imprescindível para a correta compreensão do prazo para o exercício do direito a escolha do procedimento especial do mandado de segurança - direito potestativo que deve ser exercido no prazo decadencial de cento e vinte dias (art.

23 da Lei Federal n. 12.016/2009). Perceba o seguinte: o prazo decadencial a que se refere a lei é para o exercício do direito potestativo de escolha do procedimento, e não do direito afirmado no mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (an. 23 da Lei Federal n. 12.016/09), aliás, é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á ... ". O órgão jurisdicional, ao reconhecer esta decadência, apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado. Tanto que o autor poderá voltar a juízo, afirmando o mesmo direito, valendo-se de procedimento comum.

Assim, a noção de C1-11ovENDA de que o direito de ação é um direito potestativo1º, embora antiga, não está totalmente superada, como se imagina.

Há, porém, três grandes problemas na teoria de Cbiovenda sobre o direito de ação: a) ele não percebeu a "complexidade" deste direito, examinando-o apenas estaticamente; b) afirma-se que o sujeito passivo do direito de ação é apenas o réu, não incluindo o Estado-juiz1 1; c) considera-se o direito de ação como um direito a um julgamento favorável, o que é inadmissível, tendo em vista a autonomia entre o direito de ação e o direito afirmado em juízo, já examinada.

Pois bem.

9. Art. 924 do CPC brasileiro: "Regem o procedimento de manutenção e de

reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado denLrn de aao e dia da turbação ou do csbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

1 O. Sobre o assunto, CH IOVENDA, Giuseppc. "L'azione nel sistema dei diritti". Saggi di Díritto Processua/e Civile (1894-1937). Milano: Giuffre, 1993, v. 1 , p. 23 e segs.

1 1 . CHTOVENDA, Giuscppe. "L'azione nel sistema dei diritti". Saggi di Dirit10Process11ale Civi/e (1894-1937).

Milano: Giuffrê, 1993, v. l , p. 15.

TEORIA DA AÇÃO

Instaurado o processo (após o exercício do direito de ação), surgem novas situações j urídicas (situações jurídicas processuais 12). Algumas dessas situações jurídicas compõem o conteúdo do direito de ação.

O direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do exercício do direito de ação. Todas são situações jurídicas que compõem o conteúdo eficacial do direito de ação. Neste

rol, há direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Pode-se afirmar, por exemplo, que o direito de ação é um direito que enfeixa todas as situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio do devido processo legal.

Assim, é correto dizer que o direito de ação garante, dentre outras prestações, um processo adequado, paritário, tempestivo, leal e efetivo. No conteúdo eficacial do direito de ação, há, como se vê, direitos a uma prestação.

O d ireito a um procedimento adequado é um direito a uma prestação - devida pelo Estado, juiz e legislador. O direito à tutela jurisdicional é, também, um direito a uma prestação, que, aliás, deve ser cumprida com os atributos inerentes ao devido processo legal - deve ser uma tutela j urisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Como se percebe, há um erro que não se pode cometer no estudo do direito de ação: considerá-lo como um direito de conteúdo eficacial unitário. A visualização do conteúdo complexo do direito de ação é uma dos grandes avanços da ciência jurídica processual contemporânea, que abre importante vereda da Teoria Geral do Processo: a necessária reformulação do conceito jurídico fundamental "direito de ação".

A importância desta constatação é evidente: identificar o conteúdo cio direito ele ação é fundamental para que se conheçam os limites ela atuação do legislador iofraconstitucional. Limitações ao direito de ação podem existir, como sempre em tema de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham justificação razoável, sob pena de inconstitucionalidacle13•

Estabelecida essa noção teórica do direito de ação, cabe à ciência dogmática do direito processual reconstruir, a partir da concretização do princípio do devido processo legal (garantido constitucionalmente) e da interpretação de outras normas processuais fundamentais, o conteúdo eficacial deste direito.

12. Sobre as situações jurídicas processuais, de um modo geral, DIDIER Jr., Freclic; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria cios fatosjuriclicos processuais. Salvador: Editora Jus Podivm, 201 1 .

1 3 . Sobre o exame das limitações i nfraconslitucionais aos direitos rundamentais, SI LVA, Virgílio Afonso da. Direitosfuncla111e11tais - conteúdo

essencial, restl'ições e eficácia. 2n ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Cons1i111ição. 2• ecl. Coimbra: Coimbra Editora, 201 O.

FRED!E DIDIER JR.

3. A DEMANDA E A RELAÇÃO JURÍDICA SUBSTANCIAL'4

O vocábulo "demanda" tem duas acepções: a) é o ato de ir ajuízo provocar a atividade j urisdicional e b) é também o conteúdo dessa postulação. Neste último sentido (demanda

-conteúdo), demanda é sinônimo de ação concretamente exercida.

Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocorrido o fato da vida previsto no substrato fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos j urídicos (eficácia jurídica). 15 Nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a relação jurídica substancial quando posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, inexistirá demanda-conteúdo e a demanda-ato será um recipiente vazio.

Todos os elementos da relação jurídica discutida em juízo guardam correspondência com os elementos da demanda, numa perfeita simetria: enquanto a relação jurídica de direito substancial tem como elementos os sujeitos, o fato jurídico e o objeto, a demanda tem como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido.

As partes na demanda nom1almente coincidem com os sujeitos da relação jurídica substancial (à exceção dos casos ele legitimação extraordinária ou se houver ilegitimidade ad causam). Em razão da autonomia da relação jurídica processual, é possível que os sujeitos da demanda (autor e réu) não coincidam com os sujeitos da relação jurídica material deduzida, embora isto não seja a regra.

A causa de pedir na demanda impõe, segundo a vertente acolhida pelo nosso sistema processual, a narrativa dos fatos da vida e da própria relação jurídica nascida a partir deles (teoria da substanciação: causa de pedir = fatos + relação jurídica) e o pedido veicula a pretensão processual do autor (pedido imediato: prestação da atividade jurisdicional; pedido mediato: tutela cio bem da vida).

Eis, pois, a relação existente entre os dois institutos: a afirmação da relação substancial é o conteúdo da demanda. É pressuposto necessário, mas não suficiente, vez que, para que se possa falar em demanda, a relação substancial há

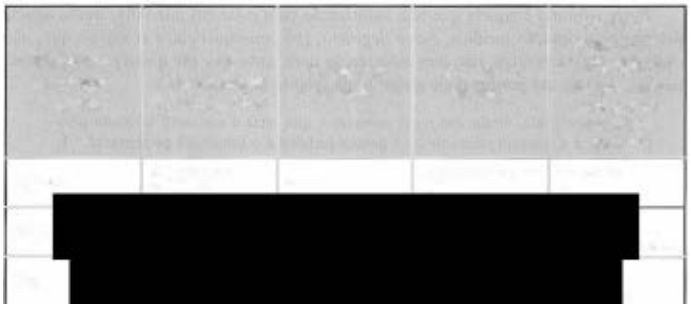
de ser processualizada, isto é, há de ser deduzida em juízo.

A importância de identificar a relação que se estabelece entre os elementos da relação jurídica deduzida e o estudo da demanda pode ser bem visualizada na tabela abaixo.

14. Escrito com o imprescindível apoio de Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, Prof.essores-assistentes do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do JusPODIVM.

1 5. A respeito, MEL LO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7 1 .





TEORIA DA AÇÃO

Critérios

objetivos de

Elementos

Livros

Elementos

Condições

distribuição da

da relação

da parte Geral

da ação

da ação

competência

jurídica

do Código Civil

(que leva cm

consideração

a demanda)

das pessoas

legitimidade ad em razão

sujeitos

partes

(Livro 1)

causam

da pessoa

dos bens

possibilidade ju- em razão

objeto

pedido

(Livro 1 1)

rídica do pedido

do valor da causa

dos fatos j urídi-

em razão

fato

causa de pedir

interesse de agir

cos (Livro 1 1 1)

da matéria

4. ELEMENTOS DA "AÇÃO"

4.1. Causa de pedir e pedido

Os elementos objetivos da demanda, causa de pedir e pedido, estão examinados, amiúde, no capítulo dedicado à petição inicial (instrumento da demanda), para onde se remete o leitor.

4.2. Partes

Para a compreensão do conceito de parte, é fundamental que se estabeleça, inicialmente, a distinção entre parte processual, parte material (parte do litígio) e parte legítima.

Parte processual é aquela que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxil iar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte.

É o caso do assistente simples, por exemplo.

Há as partes da demanda principal, autor e réu, e há as partes de demandas incidentais, que podem não ser as mesmas da demanda principal. Por exemplo: no incidente de arguição da suspeição do juiz, as partes são o excipiente (autor ou réu) e o próprio juiz, que, neste incidente, é parte. Perceba que o juiz não é parte na demanda principal, mas o é no incidente em que se discute a sua imparcialidade.

Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois, como se viu, o Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio. Assim, alguém, mesmo sem ser o titular da situação jurídica discutida, pode ser parte processual.

2 3 1

fREDIE DIDIER JR.

Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo aquela determinada situação jurídica; parte ilegítima, por consequência, é o sujeito que, não obstante esteja em juízo, não tem autorização para tanto. Sucede que a parte ilegítima também é parte, até porque pode alegar a sua própria ilegitim idade.

Carnelutti fala, ainda, em parte complexa, que seria o conjunto formado pelo incapaz e seu representante ou a pessoa jurídica e o seu órgão presentante.16 É

chamada de parte complexa u

"

ma vez que é constituída por uma pluralidade

organizada de indivíduos". 17 Disti ngue-se da parte simples, que está em juízo sozinha.

5. CONDIÇÕES DA "AÇÃO"

5.1 . Generalidades

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao j ulgamento do mérito da causa, j ulgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman18, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade ad causam, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

"Diz-se, então, que o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material 'afirmado', só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material , à qual se apresenta 'ligado e conexo'". 19

O nosso diploma processual refere-se aos condicionamentos da ação em dois momentos: quando trata da ação (art. 3°), referindo-se apenas ao interesse processual e à legitimidade, e ao cuidar dos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI), quando finalmente menciona a possibilidade juddica - curiosamente, sem o complemento "do pedido". A falta de qualquer das condições da ação implicaria a extinção do processo sem análise do mérito, conforme prescreve expressamente o inciso VI do art. 267 do CPC.

A clara opção legislativa, porém, não está imune a críticas de toda ordem, que vêm de todos os lados. Os limites desta obra não comportam considerações mais aprofunda-1 6. CARNELUTII, Francesco. Instituições do Processo Civil. São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1 , § 106, p.

227-228.

1 7 . S LLVA, Paula Costa e. A transmissão da coisa ou díreilo em litígio. Conrrib1110 para o estudo da s11bs1it11ição processual. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 126.

1 8. Manual de Direito Processual Civil 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

19. FABRÍCIO, Adroaldo Fw·tado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios sobre direito processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 379.

das. Convém, porém, que se faça um rápido panorama com as principais críticas que se fizeram à escolha do legislador.20

Realmente, há uma dificuldade muito grande de diferençar aquilo que é mérito daquilo que seja simples condição da ação. A discordância reside em ponto fundamental, notadamente porque, de acordo com o nosso sistema, a sentença de carência de ação, por não ser sentença de mérito, não poderia ficar acobertada com a imutabilidade da coisa julgada material, o que permite que a demanda seja

repetida. Se de mérito se tratasse, este problema não existiria.

Embora o texto legal seja um contra-estímulo a qualquer indagação doutrinária que proponha solução distinta da concepção teórica adotada, 21 nada impede "que se questionem os critérios do legislador, em nível doutrinário e até com vistas a uma interpretação e análise crítica dos textos que possa eventualmente relativizar a adesão do legislador a conceito tão polêmico, ainda sujeito a tormentosa controvérsia e tenaz oposição".22

Eis a síntese dos problemas doutrinários que surgem com a adoção das condições da ação, nos moldes em que propostas por Liebman: a) em caso de carência de ação, não haveria direito de ação? E o que teria acontecido até o momento em que a sentença de carência foi prolatada?; b) a sentença de carência de ação faz ou não coisa julgada material?; c) é possível examinar a presença das condições da ação a qualquer tempo, mesmo que isso dependa de instrução probatória?

A resposta a essas questões varia muito conforme a postura doutrinária que se adote.

Somente o exercício do direito de ação pode ser condicionado (a demanda), jamais o direito de ação, constitucionalmente garantido e decorrente do direito fundamental à i.nafastabilidade.

Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade ad causam, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida).

20. Duas obras são fundamentais para o exame crítico da teoria eclética: A ação no direito processual civil brasileiro, de José Joaquim Calmon de Passos, e os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva, notadamentc o seu Curso de Processo Civil, São Paulo, RT, 2000, v. 1

2 1 . A posição de Moniz de Aragão nesse sentido, antes exposta em seus

Comentários, foi reforçada em contundente ensaio, elaborado à guisa de resposta <\s críticas que lhe foram dirigidas por Fábio Luiz Gomes:

"Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, n. 1 08, 09-22.

22. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios sobre direito processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 379.

FREDIE ÜIDIER JR.

Na verdade, a falta de condições da ação revela, quase sempre, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o j ulgamento antecipado da lide;

"hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia".23 O

magistrado chega à solução de improcedência do pedido sem a necessidade de maiores considerações, nem de mais delongada instrução probatória.

5.2. Notas sobre a teoria da asserção

De acordo com o § 3° do art. 267 do CPC, o preenchimento das condições da ação pode ser averiguado a qualquer tempo e grau de jurisdição. O § 3° do art. 267 será objeto de estudo no cap.ítulo sobre a extinção do processo, mais a frente. Neste momento, a análise concentrar-se-á no estudo da chamada teoria da asserção.

É possível, de acordo com o texto normativo, que haja necessidade de produção de prova para a constatação da regularidade do exercício da ação. As condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento, sendo possível que a sua verificação ocorresse durante a instrução do processo, pouco importando o momento procedimental. Admite-se, porém, o preenchimento superveniente de condição da ação faltante: "é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida".24

As dificuldades que normalmente se apresentam na separação das condições da ação do mérito da causa - aliadas ao fato de que a extinção do processo sem exame do mérito, por carência de ação, após longos anos de embate processual, é consequência indesejável - fizeram com que surgisse uma concepção doutrinária que busca mitigar os efeitos danosos que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo determina poderia causar.

Sem olvidar o direito positi"º• e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como qltestões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afinnações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis). "Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação".25 "O que impo1ia é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito".26

23. ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da IU/ela inibiróriа coleriva. São Paulo: RT, 2003, p. 2 3 1 .

24. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 154.

25. CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de Direito Processual Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, V. 1 , p. 127.

26. MAlUNONl, Luiz Guilherme. Novas linhas cio processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 2 1 2.

Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação".

Justitia. São Paulo: s/ed., 1991, out-dez, n. 53, p. 58.

TEORIA DA AÇÃO

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, ludo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condiçã.o da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de açã.o, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da prospellazione.21

A verificação do preenchimento das condições da ação dispensaria a produção de provas em juízo; não há necessidade de provar a "legitimidade ad causam" ou o "interesse de agir", por exemplo. Não é preciso produzir uma perícia para averiguar se há ou não "possibilidade jurídica do pedido". Essa verificação seria feita apenas a partir da afirmação do demandante. Se, tomadas as afirmações como verdadeiras, as condições da ação estiverem presentes, está decidida esta paite da admissibilidade do processo; futura demonstração de que não há "legitimidade ad causam" seria problema de mérito. Se, tornadas as afirmações como verdadeiras, as condições da ação não estiverem presentes, o caso é de extinção do processo sem exame do mérito.28

Note que a teoria da asserção pode ser aplicada mesmo após a defesa do réu.

Imagine que o réu alegue a carência de ação (falta de legitimidade ativa ad causam, por exemplo). Se o juiz examinar essa alegação apenas a partir da afirmação feita pelo autor, a teoria da asserção está a ser aplicada. Não é, pois, o momento que a caracteriza, mas, sim, a produção ou não de prova para a verificação do preenchimento das condições da ação.

Para que se possa entender a aplicação dessa teoria, alguns exemplos são bem

-vindos. Se alguém se afirma filho de outrem e, por isso, pede-lhe al imentos, possui legitimidade ad causam, mesmo que se comprove, posteriormente, a ausência do vínculo de fi l iação, quando será caso de improcedência do pedido e não de carência de ação. Se o autor pretende a obtenção de verba devida contratualmente, mas demanda contra alguém estranho ao contrato, da própria estipulação da causa de pedir é possível aferir a ilegitimidade; o magistrado, neste caso, indeferirá a petição inicial sem exame do mérito.

Tivemos acesso a um caso interessante. Um sujeito emprestou dinheiro a um gerente de banco, seu amigo, que não cumpriu a dívida. O mutuante demandou em face do Banco, afirmando a condição de inadimplente do gerente e pedindo a condenação do banco ao pagamento da divida. Note que da simples afirmação feita 27. DINAMARCO, Cândido Rangel. fnsti111ições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 J , v. 2, p. 3 l 4; CÂMARA, A lcxandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 8ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1, p. 127; VER.DE, Giovanni. Profili dei processo civile, cil., p. 1 65; COMOGLJO, Luigi Paolo, FERRJ, Conrado, TARUFFO, Michele. lezio11i sul processo civile. 2 ed. Bologna: Mulino, 1 998, p. 244-248.

28. Aplicando a teoria da asserção, STJ, 4ª T., REsp n. 595.188, Rei. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 22. 1 1 .201 1

pelo demandante, tomada como verdadeira, a "legitimidade ad causam" não está presente, porque a relação jurídica afirmada envolve o autor e o gerente; o banco é, em relação a ela, um estranho.

Essa concepção vem ganhando fôlego e adeptos: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe,29 Flávio Luiz Yarshell,30 Leonardo Greco,31 José Carlos Barbosa Moreira,32

José Roberto dos Santos Bedaque,33 Sérgio Cruz Arenhart,34 Leonardo José Carneiro da Cunha,35 Araken de Assis,36 Luiz Guilherme Marinoni37 etc. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional sobre as condições, reservou um item das suas "Instituições" somente para rebater os argumentos que firmam a teoria da asserção (rubricou-o de "repúdio à teoria da asserção").38

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só j ustificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, consequentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminannente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A falta de condição da ação, nesses casos, mesmo que constatada com mais facilidade, a partir da "asserção", é caso de improcedência manifesta.

A i mprocedência é tão clara, que dispensa, inclusive, a produção de provas para a sua demonstração. A cognição é, aqui, exauriente. A decisão tem de ser mérito e definitiva.

29. Da cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 63-65.

30. Tule/a jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. São Paulo: Malheiros Ed., 1 993, p. 1 12-1 1 3.

3 1 . A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-25; O processo de execução. Rio de Janeiro: Renovar, 1 999, v. 1, p. 320.

32. "Legitimação para agir. Indeferimento de pelição inicial". Temas de Direito Processual Civil - primeira serie. São Paulo: Saraiva, 1 977, p. 200.

33. "Pressupostos processuais e condições da ação". Justilia. São Paulo: s/ed. 1991, ou1-dez, n. 53, p. 54.

34. Perfis da lute/a inibilória coletiva. São Paulo: RT, 2003, p. 233-234. O autor

é contrário à categoria condi

ção da ação, mas reconhece que o nosso Código optou por ela e, então, a solução seria adotar a teoria da asserção.

35. Interesse de agir na ação declaratória. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

36. Adotou a teoria para o exame da legitimidade ad causam, "Substituição processual". Revis/a Dialetica de Direito Processual. São Paulo: Dialêtica, 2003, n. 09, p. 09-1 O.

3 7. Novas linhas do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 999, p. 2 1 1 .

38. Segundo infonna Machado Guimarães, o próprio Liebman chegou a afirmar, em conferência proferida em 1 949, que "todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse.

Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema ele legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito". ("Carência de ação". Estudos de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 1 02-103).

Por isso não se adota a teoria da asserção, embora se reconheça que ela é muito melhor do que a teoria de Liebman, pois minimiza os seus problemas.

5.3. A possibilidade jurídica do pedido

Tida por Moniz de Aragão como "um dos aspectos menos versados da teoria da ação"39 e por Calmon de Passos como "uma invenção nacional",4ºa possibilidade jurídica do pedido é, sem sombra de dúvida, a mais polêmica das

condições da ação.

Em substituição à categoria denominada por Chiovenda de "ex.istência do direito"

(que era fiel à teoria concreta do direito de ação), também considerada como condição da ação, criou Enrico Tullio Liebman a possibil idade jurídica do pedido, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito - talvez por isso se tenha util izado da palavra

"possibilidade", que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/

será. Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1 970, Liebman, a partir da 3° edição do seu Manuale, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação - pois esse, o divórcio, era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido -, passando a integrar o conceito de interesse de agir.41

Prescreve o art. 3° do CPC (Livro J, Título I, Capítulo II, Da Ação): "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Em contraponto, o mesmo Código, em seu art. 267, VI, afirma que o processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica,42

a legitimidade das partes e o interesse processual. Em artigo posterior, quando trata da inépcia da petição inicial, afirma-a inepta quando seu pedido for juridicamente impossível ou quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (art. 295, par. ún., II e Ili, CPC).

A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a "previsão, in abstracto, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte", pois, como bem explica 39. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8" edição. Rio de Janeiro: Forense, 1 995, v. 11, p. 393.

40. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data

- Conslituiçào e Processo. São Paulo: Forense, 1 99 1 .

4 1 . LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2• edição. Lrad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 160- 1 6 1 .

42. Perceba-se que o CPC a tratou, a possibilidade jurídica do pedido, por uma espécie de apelido, porquanto se esqueceu de complcmen1ar a locução com o "do pedido". Muito embora a expressão "possibilidade jurídica" não soe muito bem, em razão da insita transitividade que encerra, a doutrina, de forma unânime, não atentou para a omissão. Obviamente, não há prejuízo, porquanto todos sabemos o que o legislador, fiel a suas convicções, queria dizer. É de lastimar-se, entretanto, o fato de ter o nosso Código de Ritos estatuido uma condição da ação (positivando um, e apenas um, pensamento doutrinário), sem ao menos o fazer da forma completa, criando um institulO verdadeiramente sui generis.



FREDIE ÜIDIER JR.

Moniz de Aragão: "A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável".'13 Eduardo Oliveira complementa o pensamento do professor paranaense, para abarcar, também, as hipóteses em que o ordenamento não permita o pedido expressamente, como nos casos de permissões numerus clausus, quando haveria tanta proibição quanto o veto explícito.-14

Cândido Dinamarco adota construção teórica que tenta mais bem aplicar a possibilidade jurídica do pedido. Demonstra que a impossibilidade jurídica deve estender-se para os casos em que, embora previsto o pedido no direito positivo, haja uma i licitude na causa de pedir ou nas próprias partes.

Explica Dinamarco: "O petitum é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A causa pelendi gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. (...) Dai a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elemelllos da demanda - o peti/11111 sem

-

considerar os outros dois (partes e causa de pedir)".45

5.4. A legitimidade para agir em j uízo

5.4.1. Noção

A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional.

Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto l itigioso. impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge. então, a noção de legitimidade ad causam.

A legitimidade para agir (ad causam petendi ou ad agendum) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os "pressupostos processuais" subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em 43. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 394.

44. Condições da ação: a possibilidade111rídica do pedido. p. 4 1 .

45. DINAMARCO, Cândido Rangel. lnstiiuições de Direito Processual Civil. São Paulo: Mallheiros Ed., 2001, V. li, p. 298-299.

determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se

discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a "pertinência subjetiva da ação", segundo célebre definição doutrinária.46

A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade ad causam ou capacidade de conduúr o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso".47 Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar.

Essa noção revela os principais aspectos da legitimidade ad causam: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei ("situação legitimante"; "esquemas abstratos"; "modelo ideal", nas expressões normalmente usadas pela doutrina); b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu);48 c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida49 - "toda legitimidade baseia-se em regras de direito material",5º embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda.51

A legitimidade ad causam é bilateral, pois o autor está legitimado para propor ação em face daquele réu, e não em face de outro. "Pode-se dizer, no que tange à legitimidade do réu, que não constitui ela nom1almente uma legitimidade autônoma e desvinculada daquela do autor. Ambos são legitimados quando inseridos na mesma relação jurídico

-processual emergente da pretensão.

46. BUZAID, Alfredo. Agravo de pelição no sistema do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

47. ASSIS, Arakcn de. "Substituição processual". Revista Dialélicade Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9. Em sentido bastante semelhante, José Carlos Barbosa Moreira, que reputa a legitimação como a ·'coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se alribui, ou que ela mesma pretende assumir". ("Apontamentos para um estudo siste1m\tico da legitimação extraordinária". Revis/a dos Tribunais. São Paulo: RT, 1 969, n. 404, p. 09-1 O.)

48. A parte ilegítima é tão parte quanto a legitima. A legitimidade é qualidade jurídica que não constitui a figura de parte, "mas a unge de juridicidade processual, tornando-a parte legítima para a decisão final".

(ARM ELIN, Dona Ido. Legitimidade para agir 110 direi/O processual civil brasileiro, p. 85) Tanto é assim que o réu, que é parte, tem legitimidade para alegar a sua própria ilegitimidade.

49. Lco Rosenberg chega a dizer que a legitimidade ad causam não é outra coisa senão o aspecto subjetivo da relação jurídica controvertida, por isso prefere a locução "direito de conduzir o processo". ('Tratado de derecho procesal civil. Buenos Aires: Edicioncs Jurídicas Europa-America, 1955, t. 1, p. 255.) 50. ASSIS. Araken de. "Substituição processual". Revista Dialética de Direi lo Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 10.

5 1 . ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. p. 94- 1 00; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação". Justitia. São Paulo: sled. 1 99 1 , out-dez, n . 53, p . 57-59.



FREDIE DIDIER JR.

5.4.2. Classificação

A principal classificação da legitimação ad causam é a que a divide em legitimação ordinária e legitimação extraordinária. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo.

Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação

legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. "Coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial".52 Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. "A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide".53

Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito. É possível que, nestes casos, o objeto litigioso também lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito também seu) e extraordinário (defende direito também de outro);54 é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória do bem, art. 1 .3 1 4 do CC-2002. Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.

Há legitimação extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. "O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário".55 Divide-se em exclusiva e concorrente.

Há legitimação extraordinária subordinada quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade do contraditório. Reserva-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, assumindo

"posições processuais acessórias". Trata-se de legitimação extraordinária que autoriza ao terceiro, estranho ao objeto litigioso, a participação no processo como assistente do legitimado ordinário.56 Normalmente, a legitimação subordinada é atribuída a titular de relação jurídica distinta da que se discute, mas que mantenha nexo de interdependência 52. ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir 110 direito processual civil brasileiro, p. 1 1 7.

53. ASSIS, Araken de. "Substiiuição processual", p. l 2.

54. ARMEL!N, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. p. 1 19- 120.

55. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamenlos para 11111 es111clo sistemático da legitimação extraordinária, p. 10.

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apo11tame111os para 11111 estudo sislemático da legilimaçào e\·fraordi11ária. p.

10-12. Também assim, DINAMARCO. Cândido Rangel. !11s1i111ições de Direito Processual Civil, v. 2, p. 3 1 1 .

com esta. É o caso do assistente simples.57 Em outras situações, a legitimidade subordinada é atribuída ao próprio titular do direito litigioso, como acontece nas hipóteses de legitimação extraordinária exclusiva; a distinção entre as situações é que, neste último caso, o titular do direito litigioso poderá intervir como assistente litisconsorcial58 - é hipótese de legitimação ordinária subordinada".

A legitimação pode ser também classificada em exclusiva e concorrente Há legitimação exclusiva quando o contraditório somente puder ser considerado

regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito -

atribui-se o poder jurídico a apenas um sujeito.

Há legitimação concorrente ou colegitimação quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Há estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a colegitimação. Para que duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo polo do processo, discutindo a mesma relação j urídica material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenham legitimidade, ou seja, é preciso que sejam colegitimadas.

A legitimação pode também ser classificada em isolada ou simples, quando o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação conjunta ou complexa, quando houver necessidade de formação do litisconsórcio. 59 A legitimação conjunta somente pode operar-se no polo passivo, pois não existe o litisconsórcio necessário ativo, como será examinado adiante, no capítulo sobre o litisconsórcio.

É possível, também, dividir a legitimidade em total, quando existir para todo o processo, e parcial, quando se relacionar a algum incidente, a "ciertos trámites y fines determinados que no se relacionan con la decisión sobre la litis 60 como ocorre, por

",

exemplo, com a legitimação passiva cio ju iz/perito/promotor para a exceção de suspei

ção/ i 111 pedi m en to.

Finalmente, a legitimidade pode ser dividida em originária, verificada à luz da demanda inicial, e derivada, que é "decorrente daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade de parte processual".61

57. Não considera o assistente simples um substituto processual, MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. Assistência simples no direito processual civil. São Paulo: RT, 1983, p. 100.

58. Também assim, ASSIS, Araken de. "'Subsrituição processual", cit., p. 1 3 ; DIDIER Jr., Fredie. Recurso de terceiro. São Paulo: RT, 2002, p. 105.

59. DINAMA RCO, Cândido Rangel. instituições de Direito Processual Civil, v. 2, p. 3 12. " ... a legitimidade ordinária de cada colegitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados ... ". Também assim, ARMEUN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 1 1 9; GRANDA, Piedad González. E/ /itisconsórcio necesario en e/ proceso civil.

Granada: Editorial Comares, 1 996, p. 92-93.

60. ECHANDÍA, Devis. Teoria general dei proceso. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 262.

6 1 . ARMEL!N, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 1 20.



fREDlE DIDIER lR.

{ Exclusiva

Concorrente

{ Isolada/ simples

Conjunta / complexa

{ Originária

Derivada

{ Total

Legitimação ad causam

Parcial

Ordinária

{Exclusiva

Autônoma

{Primária

Extraordinária

Concorrente

Subsidiária

Subordinada

5.4.3. Substituiçrio processual ou legitimação extraordinária

Parte da doutrina nacional tem por sinônimas as designações "substituição processual" e "legitimação extraordinária". Há, no entanto, quem defenda acepção mais restrita à "substituição processual". Segundo esta corrente, a substituição processual seria apenas uma espécie do gênero "legitimidade extraordinária" e existiria quando ocorresse uma efetiva substitu ição cio legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, nos casos de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nas h ipóteses de legitimação autônoma concorrente, em que o legitimado extraordinário age em razão da omissão do legitimado ordinário, que não participou do processo como litisconsorte. Não se admitiria a coexistência de substituição processual e litisconsórcio.62

Anotado o apuro técnico, não vemos maiores inconvenientes em que se adotem ambas as expressões como sinônimas.

Convém, ainda, sintetizar as principais características da legitimação extraordinária.

São elas.

62. ARMELfN, Dona Ido. legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 1 32-1 33.

TEORIA DA AÇÃO

a) A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e somente pode ser autorizada por lei (art. 6º do CPC-73),63 não se admitindo a substituição processual convencional. Nada impede, porém, a cessão do direito, trnnsformando o cessionário em legitimado ordinário. Conforme lição de Arruda Alvim64 e Barbosa Moreira,65 é possível atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que se consiga identificá-la no ordenamento jurídico, visto como sistema.66

b) O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico deste sujeito processual.

Atua em nome próprio, defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio. Em razão disso, é em relação ao substituto que se examina o preenchimento dos pressupostos processuais subjetivos.67 A imparcialidade do magistrado, porém, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído.68

c) A substituição processual pode ocorrer tanto no polo passivo69 quanto no polo ativo da demanda, muito embora as preocupações da doutrina se tenham concentrado na legitimação extraordinária ativa.

A legitimação extraord inária passiva é assunto ele muita importância prática; por exemplo: i) no exame da admissibil idade da reconvenção proposta por réu em demanda ajuizada por substituto processual: será admissível a reconvenção se o substituto-autor também tiver legitimidade extraordinária passiva; ii) na solução do intrincado problema da legitimidade do substituto processual passivo para alegar as exceções substanciais;"º

iii) n o aprimoramento do i nteressantíssimo terna das "ações coletivas passivas"

(defendant class action), que são aquelas em que o titular da situação jurídica material coletiva encontra-se no polo passivo da relação processual (ver o item sobre legitimação coletiva); iv) na apl icaçã.o do novo instituto consagrado no art. l .228, §§ 4º e 5°, do CC-2002, indevidamente chamado de "desapropriação judicial"; v) na solução do litisconsórcio multitudinário passivo que sói ocorrer em demandas possessórias.

63. Art. 6°, CPC: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

64. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 426.

65. "Notas sobre o problema da ef'ctividade do processo". Temas de Direito Processual Civil - terceira série.

São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7.

66. Confira-se, por exemplo, a situação das adminislradoras de consórcio, que são substitutas processuais dos grupos de consorciados, tanto no polo ativo quanto no polo passivo da demanda, na forma do art. 33 da Lei federal n. 8 . 1 77/9 1 , e/e o art. 1 º, §4º, da Circular do Banco Centrnl n. 2.766/97. É por isso que o consorciado, que desiste do consórcio e pretende a restituição dos valores já pagos, demanda contra a administradora e não contra os demais consorciados.

67. CAMPOS JR., Ephraim de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1985, p. 74. Também assim, ASSIS, Araken de. "Subslituição processual", ciL, p. 2 1 .

68. CAMPOS IR., Ephraim de. S11bstit11içào processual, p. 75. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 2 1 ; CINTRA, Amónio Carlos de Araújo. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1972, n. 438, p. 30.

69. FORNACIARI JR., Clito. Da reconvençào no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 9 1 .

70. Examina os dois lados da questão ARM ELIN, Dona Ido. legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, cit., p. 135; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", cit., p. 2 1 .

FREOU:: DIDIER JR.

d) Salvo disposição legal em sentido contrário (ver, p. ex., art. 274 do CC-2002,71 e art .

do CDC), a coisa julgada porventura surgida em processo conduzido por legitimado extraordinário estenderá os seus efeitos ao substituído n Trata-se da principal utilidade da substituição processual. É, portanto, situação que relativiza o art. 472 do CPC-73.73 Aliás, ressalvadas as situações em que o legitimado extraordinário também possui legitimação ordinária, os efeitos da decisão judicial repercutirão diretamente apenas no patrimônio do substituído, embora o substituto fique submetido ao que foi decidido. Ao substituto, no entanto, não escaparão as consequências da sucumbência, ficando, assim, responsável por custas e honorários advocatícios.7

e) O substituto processual também pode ser sujeito passivo de sanções processuais, como a punição pela litigância de má-fé,75 e de medidas coercitivas, como a multa diária (art. 46 1 , §§ 4° e 5°, do CPC).

f) Quanto aos poderes processuais, o substituto processual tem, ordinariamente, apenas aqueles relacionados à gestão do processo, não lhe sendo autorizados poderes de disposição do direito material discutido. "Parece correto atribuir ao substituto a alegação de todas as exceções e defesas intrínsecas ao alcance da substituição".76 A lei, contudo, poderá aumentar ou diminuir o rol destes poderes.

g) A inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, conforme apontado acima. Trata-se de análise puramente do direito de condução do processo, sem que haja investigação dos fundamentos da demanda.77 Há rejeição da demanda por inadmissibilidade, na forma do art. 267, VI, do CPC-73.

5.4.4. Substituição processual e sucessão processual

Não se pode confundir a substituição processual com a sucessão processual. H á sucessão processual quando um sujeito sucede outro no processo, assumindo a sua posição processual. Há uma troca de sujeitos no processo, uma mudança subjetiva da relação 7 1 . Art. 274. "O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se fund.: em exceção pessoal ao credor que o obteve".

72. "O que caracteriza a legitimidade extraordinária, não só no processo, como, também, nos demais campos do direito, é a possibilidade de atos do assim legitimado influírem na esfera patrimonial alheia". (ARMELIN, Donaldo.

Legitimidade para agir 11a direito processual civil brasileiro, p. 128).

73. Para Leonardo Greco, a coisa julgada, oriunda de processo conduzido por substituto processual, somente se estende ao substituido secundum eve11111111 litis e i11 111i/ibus (Teoria da ação 110 processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41).

74. ARMELIN, Dona Ido. Legitimidade para agir 110 direito processual civil brasileiro, p. 134; ASSIS, Araken de. "Substituição processual", p. 22. Ver, porém, art. 18 da Lei Federal n. 7.347/85: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantameato de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado".

75. ASSIS, Arakcn de. "Substituição processual", p. 22.

76. ASSIS, Araken de. "Substituição processual", p. 2 1 .

77. "Ninguém se atreverá a reputar respêitantc ao mérito eventual juízo quanto à inexistência, cm determinado caso concreto, do título legal para alguém pleitearem juízo direito alheio". (ASSIS, Araken de. "S11bstit11içdo processual", p. 1 O).

jurídica processual. Na substituição processual, não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo i nteresse de outrem.

A sucessão processual pode dar-se em razão da morte (art. 43, CPC), assumindo a posição processual o espólio ou os herdeiros do de cujus. Também há sucessão processual quando ocorre incorporação ele uma pessoa jurídica por outra,

assumindo aquela que incorporou, ou fusão de pessoas j urídicas, gerando uma nova pessoa jurídica que assumirá a posição processual daquela que se extinguiu.

A sucessão processual também pode ocorrer voluntariamente, nos casos de nomeação à autoria (arts. 62-63 do CPC), quando o nomeado assume o lugar do nomeante (sobre o tema, ver o capítulo sobre as intervenções de terceiro), ou de alienação da coisa litigiosa (art. 42 do CPC), no qual o adquirente/cessionário pode suceder o alienante/cedente acaso consinta a paite adversária.

5.4.5. Substituição processual e representação processual

Não se pode confundir, ainda, a substituição processual com a representação processual. Há representação processual quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte; parte é o representado.

Note que o substituto processual é parte; o substituído não é parte processual, embora os seus interesses jurídicos estejam sendo discutidos em juízo. O substituto processual age em nome próprio defendendo interesse alheio. O representante processual atua em j uízo para suprir a incapacidade processual da parte.

Em uma ação de alimentos proposta por um filho incapaz, o pai ou mãe pode ser o seu representante processual. A parte é o incapaz; o pai ou a mãe pode ser apenas o seu representante, e não o seu substituto processual.

5.5. O interesse de agir78

5.5.J. Generalidades

Alguns doutrinadores consideram o interesse de agir a única condição da ação, rigorosamente considerada. É que, tanto a legitimidade ad causam19 quanto à possibilidade jurídica do pedido,80 seriam nuances/aspectos do exame do interesse agir.81 Não achamos conveniente essa postura.

78. O interesse processual engloba o interesse de agir, pois também se refere ao interesse de recorrer, ao interesse de produzir prova etc. {ARMEL!N, Dona Ido. Legitimidade para agir no direi/o processual civil brasileiro, cit., p. 57).

79. "Bem pensado, portanto, a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há interesse de agir".

(DINAMARCO, Cândido. !nstiluições de Direi/o Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. II, p. 305.)

80. LI EBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, L 986, v. 1., p. 1 55.

8 1 . Esse posicionamento explica, p. ex., a colocação da "pertinência temática", exigida para a configuração da legitimação extraordinária coletiva, como requisito de exame do interesse de agir.

FREDJE DrmER JR.

A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, deflui da exposição fática consubstanciada na causa de pedir remota;82 a utilidade do provimento jurisdicional também deve ser examinada à luz da situação substancial trazida pelo autor da demanda.83

As três condições da ação, se bem examinadas, referem-se a cada um dos três elementos da ação (demanda): legitimidade ad causam/partes; possibilidade jurídica do pedido/

pedido; interesse de agir/causa de pedir.

A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, in concreto, à luz da situação narrada no instrumento da demanda. Não há como indagar, em tese, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial.

O conceito de interesse de agir é lógico-jurídico, e não jurídico-positivo, "exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema nonnativo, sendo, ao contrário, unifonne e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de mérito, é problema que, realmente, será disciplinado por cada ordenamento jurídico. Só que tal problema se insere no âmbito dos efeitos, das consequências, dos consectários da ausência do interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito".84 Trata-se de conceito formulado pela ciênciajurídica.85

O exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial. Há quem acrescente, ainda, a "adequação do remédio judicial ou procedimento" como elemento necessário à configuração do interesse de agir, posição com a qual não concordamos, pois procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73).86

Cabe distinguir, antes de examinar os aspectos do interesse de agir, interesse substancial de interesse processual. O interesse processual "se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distinguem os dois direitos correspondentes: o substancial que se afinna pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente".87 "Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere".

82. TUCCl, José Rogério Cruz e. A causa petendi 110 direito processual civil brasileiro, cit., p. 1 73.

83. LlEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direi/o Processual Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 986, v. l, p. 1 55.

84. CUNHA, Leonardo José Cameiro. illleresse de agir na ação declaratória. Curitiba: Juruá, 2002, p. 80-81 .

85. CUNHA, Leonardo José Carneiro. Interesse de agir na ação declaratória, cit., p. 8 1 .

86. Adota a concepção tripartite do interesse de agir, da qual é corifeu, DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. 1, p. 302-303.

87. UEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Di1·ei10 Processual Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 986, v. l, p. 154-155.

5.5.2. O interesse-utilidade

Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, "por sua natureza, verdadeiramente se revele - sempre em tese - apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente".88 Explica Cândido Dinamarco: "Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a

quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional)".89

É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não mais for possível a obtenção daquele resultado almejado - fala-se em "perda do objeto" da causa. É o que acontece, p. ex., quando o cumprimento da obrigação se deu antes da citação do réu - se o adimplemento se deu após a citação, o caso não é de perda do objeto (falta de interesse), mas de reconhecimento da procedência do pedido (ait 269, H, CPC-73).

Também falta utilidade na execução, quando o valor do crédito exequendo for absorvido pelas custas do processo de execução, de tão ínfimo (aii. 659, § 2°, do CPC).

O legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão processual à simples declaração (ação meramente declaratória), conforme será visto em seguida.

5.5.3. O interesse-necessidade e as ações necessárias

O exame da "necessidade da jurisdição" fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Perceba-se, porém, que a pretensão penal somente pode ser exercitada pelo processo. Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição.90

Há determinadas demandas, no entanto, que são denominadas de "ações constitutivas necessárias", já que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter somente pode ser alcançado por intermédio do Poder Judiciário. Por exemplo: a interdição de uma pessoa somente pode ser decretada pelo Poder Judiciário; a ação de interdição é, por isso, uma ação necessária. É o que acontece, ainda, com boa parte das hipóteses de jurisdição voluntária,91

88. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação declaratória e interesse". Direi/o processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 17. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direi/o Processual Civil. 2 ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1 986, '" 1, p. 155.

89. DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7 ed. São Paulo: Malheiros Ecl., 2000, p. 402.

90. Identificou o ponto, com precisão, DINAMARCO, Ciindido Rangel. Execução civil, p. 397-398.

9 1 . "Na jurisdição voluntária, a serem cabíveis as condições da ação, como me parece, o interesse ele agir decorreria normalmente da própria lei que subordina a validade ou a eficácia de um ato da vicia privada ao conhecimento, à homologação, autorização ou aprovaçiio judicial, impedindo que o requerente alcance o objetivo jurídico almejado sem a concorrência ela cognição ou da vontade estalai manifestadas através do órgão jurisdicional". (GRECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34-35).

fREDIE DIDIER JR.

com as ações de anulação de contrato, falência,92 rescisória de sentença etc. Nesses casos, o exame da "necessidade", para a verificação do interesse, é dispensável, pois está in re ipsa. 93

Nas ações "condenatórias" (consideradas como todas aquelas em que se busca a certificação e efetivação de urna determinada prestação), o autor deve afirmar a existência do fato constitutivo do seu direito (causa ativa), bem corno o fato violador desse direito - para a configuração do interesse, basta a afirmação da lesão, pois a verificação da sua existência é questão de rnérito.9·1 Se se tratar de ação preventiva, anterior à viola

ção, é necessário alegar, além do fato constitutivo do direito, a ameaça/risco/perigo de violação a esse direito.

Nas ações constitutivas não necessárias, o autor deve afirmar o direito à modificação jurídica que se pretende efetivar; ou seja, o autor deve afirmar a existência de um direito potestativo e a necessidade de efetivá-lo através da atuação do Poder Judiciário.

5.5.4. O denominado interesse-adequação

A polêmica sobre o interesse-adequação resume-se na pergunta feita por José Orlando Rocha de Carvalho: "adequação é forma ou demonstração de interesse?"95 Sobre o tema, convém transcrever a clássica observação que Barbosa Moreira fez a Cândido Dinamarco, por ocasião da arguição de sua tese de livre-docência, sobre o equívoco de analisar o interesse processual a partir da adequação:

"Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em detem1inada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse ... "96

Ademais, adequação "é tem10 que não guarda qualquer correlação com o vocábulo interesse. (...) Em que sentido a adequação poderia criar interesse para alguém? Poderia existir interesse apenas porque e>..iste adequação? Até que ponto a falta de adequação pode indicar, ou presumir, falta de interesse de agir?"97

92. Corretamente identificando a falência como ação constitutiva necessária, CUNHA, Leonardo José Carneiro.

Interesse de agir 11a ação declaratória. Curitiba: Jumã. 2002, p. 87.

93. "Em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material.

(...)As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de extrema indisponibilidade (...)" (CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOYER, Ada Pellegriai. Teoria geral do processa.

1 7 cd. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 3 1). Ver, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no direi lo processual civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 174.

94. Também assim, CUNHA, Leonardo José Camciro. ln1eresse de agir na ação declara1ória. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88.

95. CARVALHO, José Orlando Rocha de. Ação declaratória, ci1 .. p. 6 1 .

96. DINAMARCO, Cândido. Execução Civil. 7 cd. São Paulo: Malheiros Ed .. 2000, p . 405-406, nota 109.

97. CARVALHO, José Orlando Rocha de. Ação dec/ara1ória, cil .. p. 62-63.

TEORIA DA AÇÃO

Fala-se que o autor deve indicar o procedimento e o tipo de provimento adequados.

Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é: a) de impossibilidade jurídica do pedido; b) ou o próprio sistema admite a fungibil idade (a1ts. 805 e 920 do CPC), como de resto deveria ser a regra; c) ou o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; d) ou não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar a alteração do

pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC.98-99

Examinemos, agora, a escolha do procedimento adequado.

O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame da adequação do procedimento é um exame da sua validade.100 Nada diz respeito ao exercício do direito de ação.

Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido, por mais discrepantes que sejam o procedimento indevidamente escol bido e aquele que se reputa correto. U m exemplo talvez sirva para expor o problema: se o caso não é de mandado de segurança, pode o magistrado determinar a emenda da petição inicial, para que o autor providencie a adequação do instrumento da demanda ao procedimento correto.

Não existisse o inciso V do art. 295, que expressamente determina uma postura do magistrado no sentido aqui apontado, sobraria a regra da instrumental idade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.

6. TIPOLOGIA DAS "AÇÕES"

6.1. Classificação segundo a natureza da relação jurídica discutida: real e pessoal

A demanda pode ser classificada de acordo com a natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Se relação jurídica real, demanda real; se pessoal, demanda pessoal. A dificuldade do tema está no direito material. A importância da distinção verifica

-se no estudo da competência (arts. 94-95 do CPC) e da capacidade processual das pessoas casadas (art. 1 0 do CPC).

As ações possessórias nem são reais nem são pessoais; possuem regramento j urídico próprio, bastante semelhante, mas não idêntico, ao das ações reais.

Ação reipersecutória é a ação real ou pessoal em que se quer a entrega/restituição de coisa certa que está em poder de terceiro. A ação de recuperação de bem dado em comodato é exemplo de ação rei persecutória pessoal. A ação reinvindicalória é exemplo de ação reipersecutória real.

98. Ver as observações, muito bem postas, de GRECO, Leonardo. Teoria da açcio 110 processo civil, p. 37.

99. Embora admita o interesse-adequação, Rodrigo da Cunha Lima Freire tece considerações bastante semelhantes às nossas, quanto à possibilidade de sanação, pelo magistrado, da inadequação do provimento/procedimento (Condições da ação - enfoque sobre o i11teressede agi1: 2 ed. São Paulo: RT, 2001 , p. 144-145).

100.Corretamente, GR.ECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil, cit., p. 36-37.

FREDIE DIDIER JR.

6.2. Classificação segundo o objeto do pedido mediato: mobiliária ou imobiliária
As demandas classificam-se, também, de acordo com o objeto do pedido mediato.

São, assim, mobiliárias ou imobiliárias, confom1e o objeto seja bem móvel ou imóvel.

A classificação é muito útil para resolver problemas de competência e de

capacidade processual das pessoas casadas.

Não se pode achar que toda ação imobiliária é real (a ação de despejo é pessoal, pois se funda em direito pessoal, e é imobiliária), nem que toda ação mobiliária é pessoal, pois nada impede que se proponha uma reivindicatória de um carro.

6.3. Classificação segundo o tipo de tutela j u risdicional: conhecimento, cautelar e executiva. Ações sincréticas

As demandas podem ser classificadas de acordo com a função jurisdicional que se busca: conhecimento, execução ou cautelar. Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/

assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções.

6.4. Classificação das ações de conhecimento (certificação)

6.4.J. Ações de prestação'º'

Há uma clássica divisão dos direitos, muito utilizada pelos processualistas no estudo da tutela jurisdicional. Trata-se da distinção que se faz entre direitos a uma prestação e direitos potestativos. Os direitos potestativos relacionam-se com as ações constitutivas.

Os direitos a uma prestação, por suposto, relacionam-se com as ações de prestação: condenatória, mandan1entais e executivas em sentido amplo.

Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação - conduta-, que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa - prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro.

O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala

-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agi.r para efetivar o seu direito.

Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, 1 O l .A designação, como se vê, é antiga: "Quien ejercita uma de éstas (pretensões] se dirige a la parte contraria, haciendo apelación a sua obligada voluntad, y aguarda a que se realice el acto que ha de dar cumplimiento a sua reclamación. Mas, como puede ocurrir que no haya cumplimiento espontâneo, hácese menester completar la reclamación y reforzala por medio de la acción y dei procedimiento ejecutivo. Estas acciones por medio de las cuales se hace efectiva una exigeneia jurídica, se llaman 'accioncs prestatorias', puesto que tienden a que se condene ai demandando a una prestación, consistente, según los casos, en accióo o 250

ocorrerá com a concretização da prestaçã.o devida. São direitos a uma prestação. Por exemplo: a) direitos absolutos (reais e personalíssimos), que têm sujeito passivo universal e cujo conteúdo é uma prestação negativa; b) obrigações, que podem ter por conteúdo qualquer prestação.

Os direitos a uma prestação relacionam-se aos prazos prescricionais que, como prevê o art. 1 89 do CC 2002, começam a correr da lesão/inadimplemento - não cumprimento pelo sujeito passivo do seu dever.

Quando se pensa em tutela executiva, pensa-se na efetivação de direitos a uma prestação; fala-se de um conjunto de meios para efetivar a prestação devida; fala-se em execução de fazer/não-fazer/dar, exatamente os três tipos de prestação existentes. Não é por acaso, nem coincidência, que a tutela executiva pressupõe inadimplemento - fenômeno exclusivo dos direitos a uma prestação. Executar é forçar o cumprimento de uma prestação. Essa relação entre direito material e processo é fundamental para a compreensão do fenômeno executivo.

A tutela j u1isdicional executiva pode operar-se de duas formas: a) ou no bojo de uma relação jurídica processual especialmente fom1ada com esse objetivo; b) ou como fase de um processo já instaurado - fase complementar, por certo. Fala-se de dois "módulos processuais executivos".

No primeiro caso, temos o processo de execução, relação jurídica processual com predominante função executiva; no segundo caso, a execução (atividade executiva) realiza-se no mesmo processo em que a certificação judicial ocorreu, sendo desta etapa posterior. É incorreto, portanto, falar que só existe execução no processo de execução.

Tradicionalmente, até mesmo como forma de diminuir os poderes do magistrado, as atividades de certificação e efetivação eram reservadas a "processos autônomos", relações jurídicas processuais que teriam por objetivo, somente, o cumprimento de uma ou de outra das funções jurisdicionais. Nesse contexto, surgiu a noção de sentença condenatória - e, portanto, ação condenatória -, que seria aquela sentença que, reconhecendo a existência de um direito a urna prestação e o respeclivo dever de pagar, autorizava o credor, agora munido de um título, a, se quiser, promover a execução do obrigado. Havia a necessidade de dois processos para a obtenção da certificação/efetivação do direito.

O tempo foi mostrando o equívoco dessa concepção.

Havia, à época, vários procedimentos que autorizavam ou que inseriam, no bojo do processo de conhecimento. atos executivos, fato que já compromete a pureza da distinção e da divisão que se fazia. Citam-se os exemplos da proteção processual da posse e do mandado de segurança.

cn una omisión'·. (THUR. A. von. limado de las obligaciones. Iª ed. (rcimp.). W. Roces (Lrad.). Madrid: Editorial Rcus, 1 999, 1. 1 , p. 16).



fRBDIE DIDIER JR.

A partir da generalização da tutela antecipada, arts. 273 e §3° do art. 4 6 1 , CPC, agora permitida no procedimento ordinário, o legislador deu um grande salto evolutivo, permitindo, no procedimento padrão, no bojo de um processo de conhecimento, a prática de atos executivos. O dogma da necessidade de um processo autônomo para a execução da decisão judicial mostrava-se obsoleto e

injustificável. A doutrina já pugnava, então, pela ideia de que a divisão dos processos deveria dar-se pela predominância da função, não pela exclusividade.

Mas outro passo havia de ser dado.

A mudança na tutela j urisdicional das obrigações de fazer e não-fazer, iniciada pelo CDC (art. 84) e depois generalizada no art. 461 do CPC, opera profunda alteração no sistema da tutela executiva. É que, agora, as sentenças que reconhecem a existência de tais obrigações não precisam, para serem efetivadas, ser submetidas a um processo autônomo de execução. Possuem essas sentenças aquilo que a doutrina mais antiga chamava de "força executiva própria"; podem ser efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, independentemente de instauração de um novo processo e da provocação do interessado: o magistrado, no corpo da sentença, já determinará quais as providências devem ser tornadas para garantir a efetivação da decisão. São, pois, sentenças oriundas das chamadas ações sinaéticas, pois além de certificar também servem à efetivação imediata da providência determinada. São as ações mandamentais e executivas em sentido lato.

Parece-nos, porém, que a distinção perdeu um pouco da sua importância. É que, com a edição da Lei Federal n. 1 1 .232/2005, todas as ações de prestação tornaram-se sincréticas; ou seja, não há mais necessidade de instauração de um processo de execução de sentença, que se efetivará em fase do mesmo processo em que foi proferida. Eliminou-se, então, a última hipótese em que isso, o processo de execução de sentença, ainda era possível: a sentença condenatória ao pagamento de quantia. Sinceramente, pensamos que, por mais incrível que possa parecer, reformado o CPC, toda ação de prestação será chamada de ação condenatória - já é isso o que muitos doutrinadores faziam, por não concordar com a terminologia ação mandamental ou ação executiva lato sensu. A história se repete.

A distinção entre ação rnandamental e ação executiva continuará sendo importante, como forma de distinguir o meio de efetivação da decisão judicial.

Como se pode perceber, este Curso opia pela divisão das ações de conhecimento em ações condenatórias (ações de prestação), ações meramente declaratórias e ações constitutivas. Classificação ternária, pois.

Há quem adote uma classificação quatemária. sob o fundamento que as ações

condenatórias foram abolidas do nosso sistema, em razão das últimas reformas, já que não há mais necessidade de um processo autônomo de execução da sentença.

Esse é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover.1º2

De todo modo, podemos estabelecer o seguinte painel dos módulos processuais executivos: a) processo de execução: i) rundado em título extrajudicial; ii) I 02.GR 1 OVER. Ada Pcllegrini. "Cump'.'imento da sentença". A 1101·0 execução de IÍ/11/0 judiciais-comentários à lei n. 11.232105. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Crnz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123.

fundado em sentença arbitral, estrangeira ou penal condenatória; iii) contra a Fazenda Pública, fundado em título judicial ou extrajudicial; b) fase de execução: fundada em titulo judicial que imponha o cumprimento de obrigação de fazer, de não-fazer ou de dar (dinheiro ou coisa distinta de dinheiro). Esse sistema pode ser visual izado pela leitura dos artigos 287, 46 1 , 46 1 -A, 475-1 a 475-R, 6 2 1 e 644, todos do CPC.

Para terminar o item, cumpre distinguir as ações sincréticas, pois até aqui as

distinguimos apenas da ação condenatória. Para compreender essa distinção, é fundamental saber uma outra: qual a diferença entre execução direta e execução indireta?

A execução pode ocorrer com ou sem partici pação cio executado.

Chama-se de execução por sub-rogação aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida. O magistrado toma as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor, sub-rogando-se na sua posição.

Há substituição da conduta do devedor por outra do Estado-juiz, que gere a efetivação do direito do executado. Alguns autores usam a designação "execução direta" ou "execução por meio de coerção direta" para designar o fenômeno.

Vejamos o que se entende por execução indireta.

Por vezes, notadamente nos casos de obrigações infungíveis, mas não somente neles, a sub-rogação ou se mostra impossível, em razão da infungibilidade, ou se mostra demais onerosa/demorada, como nos casos de prestação de fazer fungível. Nestes casos, o Estado

-Juiz pode promover a execução com a "colaboração" do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio ele coerção psicológica, a que o próprio executado cumpra a prestação. Chama-se essa execução de "execução indireta" ou "execução por coerção indireta".

Os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo com uma espécie de contra-motivo, "estímulo" ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode se dar por medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, as chamadas sanções premiais, de que serve de exemplo a isenção ele custas e honorários para o réu que cumpra o mandado monitório.

A execução indireta não era muito bem vista antigamente: a) quer porque não se poderia falar de execução forçada com participação elo executado; b) quer porque à época valia a máxima ela intangibilidade da vontade humana, segundo a qual o devedor não poderia ser obrigado/forçado a colaborar, pois estaria livre para não cumprir o seu dever.

Cumpre, ainda, esclarecer um ponto. Não se pode restringir a execução indireta às obrigações infungíveis. O raciocínio não pode se pautar neste tipo de divisão. A forma de execução será aquela que for mais adequada para a efetivação do direito, seja fungível ou infungível a obrigação, pois não há entre elas qualquer hierarquia.

253

Há, no entanto, uma tendência legislativa de conferir à tutela das obrigações de fazer e não-fazer a técnica de execução indireta, pela qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida coercitiva. À tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reservava-se a execução por sub-rogação, que se dava pelo desapossamento. Após a última reforma processual, entretanto, estendeu-se a estas obrigações a possibilidade de serem efetivadas por coerção indireta, conforme faz ver o art. 46 1 -A do CPC. O caso concreto revelará qual a forma mais adequada de execução.

Normalmente se atribuía às obrigações de pagar quantia a técnica da execução por sub-rogação, que se daria pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exequente. Há, no entanto, hipóteses de execução indireta para pagamento de quantia: a) a primeira, que é a execução por dívida alimentar, que se pode dar sob pena de prisão civil; b) a segunda, prevista no art. 475-J, CPC, em que se comina uma multa fixa (J 0%) para o caso de descumprimento da sentença que impuser o pagamento de quantia. A praxe forense revela, ainda, uma manifestação de execução indireta na execução por quantia certa: muitas vezes o magistrado, ao fixar o valor dos honorários advocatícios devidos no processo de execução, estabelece um valor menor, para a hipótese de pagamento pelo executado, e um valor maior, para o caso de ele embargar.

Ora, nesses casos, incentiva-se o adimplemento, valendo-se o magistrado de técnica de coerção indireta pelo incentivo.

Pois bem.

A distinção que se pretende fazer entre "ação executiva lato sensu" e "ação mandamentaf' parte da distinção entre coerção direta e indireta. Ambas as demandas teriam por característica comum a circunstância de poderem gerar uma decisão que certifique a existência do direito e já tome providências para efetivá-lo, independentemente de futuro processo de execução. São, pois, ações sincréticas. Distinguem-se na medida em que a primeira visa à efetivação por sub-rogação/execução direta, e a segunda por coerção pessoa/execução indireta.

A terminologia adotada já revela o preconceito que existia em relação à execução indireta. "Executiva" somente poderia ser a ação que levasse à "sub-rogação". Embora já esteja consagrada, a terminologia merece reparos; o melhor seria: a) ação executiva lato sensu por coerção direta; b) ação executiva lato

sensu por coerção indireta.

6. 4. 2. A çries constitutivas

Como já se disse, a ação constitutiva relaciona-se aos chamados direitos potestativos.

Ação constitutiva é a demanda que tem o objetivo de certificar e efetivar direitos potestativos.

Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo 254



dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração/criação/extinção de uma situação jurídica, fenômenos que só se operam juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (mundo dos fatos). Exemplifique-se. O direito de anular um negócio jurídico é um direito potestativo; esta anulação dar-se-á com a simples decisão judicial transitada em j u lgado, não será necessária nenhuma outra providência material, como destruir o contrato, por exemplo.

A efetivação de um direito potestativo dispensa execução, no sentido do tem10 aqui utilizado. A sentença que reconheça um direito potestativo já o efetiva com o simples reconhecimento e a implementação da nova situação jurídica almejada. A sentença que acolhe uma demanda que veicule um direito potestativo é uma sentença constitutiva, que, portanto, exatamente por isso não gera atividade executiva posterior, em razão da absoluta desnecessidade.

Como nos direitos potestativos não há dever, prestação, conduta, a ser cumprida pelo sujeito passivo - a doutrina denomina de "estado de sujeição" a situação jurídica do sujeito passivo -, não se pode falar de lesão/inadimplemento; assim, a prescrição não está relacionada a tais direitos. Na verdade, os direitos formativos submetem-se, se houver previsão legal, a prazos decadenciais. Por isso, costuma-se dizer que as ações constitutivas ficam sujeitas a prazo decadencial, se houver prazo para o exercício do direito potestativo por ela veiculado.

Sempre que do processo resultar uma situação jurídica nova ou a modificação/extinção de urna situação jurídica já existente, o caso é ele demanda constitutiva.

São exemplos: ação de invalidação, ação de resolução/revisão de contrato, ação de interdição, divórcio, ações divisórias, ação de falência, ação rescisória, exclusão de herdeiro etc.

N ormalmente, os efeitos de uma decisão constitutiva operam ex nunc. No entanto, não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (a1t. 1 82 do CC-2002).1º3

6.4.3. Ações meramente declaratórias

A ação meramente declaratória é aquela que tem o objetivo de certificar a existência ou inexistência de uma situação jurídica 104 (art. 4°, .1, CPC).

103.

"Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e. não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". A propósito, "As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente ex 111111c, podem, nalguns casos, produzi-los ex /Une.

Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula alo jurídico, nas hipóteses do art. 147 (atual 1 82] do Código Civil".

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". Temas de Direito Processual Civil - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1 989, p. 1 87 - texto entre colchetes não consta do original).

1 04.Situação jurídica, que é gênero, e não apenas relação jurídica, que é espécie, como consta do texto legal. Nada impede que se peça a declaração da existência de um direito ou de um dever, que são situaçõesjurídieas. A propósito, Pontes de Miranda: "O que se pode declarar tanto pode concernir à relação jurídica, nascida ou 255

FREDIE DIDIER JR.

A doutrina e a j urisprudência também admitem a ação meramente declaratória do modo de ser da relação jurídica. 105 Esta orientação foi consagrada no n. 1 8 1 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual".

A ação meramente declaratória é demanda de mera certificação. As ações de prestação e as ações constitutivas são também ações de certificação, mas as meramente declaratórias têm apenas esse objetivo. Por conta disso, porque não

se busca, nem mediatamente, a efetivação de qualquer direito, não há prazo para o ajuizamento de uma demanda meramente declaratória, que é imprescritível.

Os maiores problemas relacionados ao interesse de agir concentram-se no estudo da ação meramente declaratória. 106 O legislador brasileiro admite haver interesse

-utilidade na pretensão à simples declaração (ações meramente declaratórias), quando o que se busca é apenas a obtenção da certeza jurídica (com a coisa j ulgada material), nas hipóteses de controvérsia quanto à existência (ou modo de ser) de relação jurídica ou autenticidade ou falsidade de documento (art. 4°, CPC). Cabe ao demandante demonstrar a necessidade de intervenção do Judiciário, em razão da controvérsia concreta (dúvida) que se estabelece sobre a existência de uma situação jurídica. O interesse de agir revela-se na existência de incerteza quanto a situação jurídica (ou à autenticidade do documento) que se busca declarar. Se a incerteza nem for afirmada pelo autor, o processo deve ser extinto sem exame do mérito - antes, porém, o autor deve ser intimado para corrigir a petição inicial.

Se o autor não afirma a incerteza, mas o réu é citado e nega a existência da rela

ção jurídica (na declaratória positiva) ou afirma a existência dela (na declaratória negativa), o problema desaparece e o mérito do processo deverá ser examinado'º7•

a nascer, de direito, ou de pretensão, ou de ação, como também - a despeito das expressões 'existência' e

'inexistência', que se pensaria afastarem a 'exis1ência dos efeitos' ou 'inexistência dos efeitos' - a eficácia da relação jurídica". (Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. l , p. 140- 1 4 1 .) E m sentido semelhante, ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 9 1 -92; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias a111ô110111as. Tese de doutoramento.

São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 355; MITIDIERO, Daniel. Come/1/ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. l , p. 120; DfNAMARCO, Cândido Rangel.

Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p.

223; BOMFIM, Daniela Santos. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 142.

1 05.NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. Tese de doutoramento. São Paulo: U niversidade de São Paulo, 2006, p. 356; ZAVASCKl, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". Lei111ras co111p/e111e11tares de processo civil. 4 ed. Salvador: EdiçõesJusPODIVM, 2006. p. 33; YARSH ELL, Flávio Luiz. "Tutela jurisdicional meramente declaratória".

Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 994, n. 76, p. 46.

1 06.Sobre o tema, amplamente, CARVALHO, José Orlando Rocha de. Ação declaratória. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 227-229.

107.BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efelividade do processo e técnica processual. 2º ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009, p. 3 1 8.

TEORIA DA AçÃO

Observe-se que a ação meramente declaratória pode ser positiva quando se preten

-

de a declaração da existência da situação jurídica - ou negativa quando se pretende a

-

declaração da inexistência da situação jurídica.

Na ação declaratória positiva, o autor afirma a existência de uma situação jurídica, que deve ser especificada, e, concomitantemente, a existência de uma dúvida sobre esta mesma situação jurídica. A causa de pedir nesta ação meramente declaratória é composta por estes dois elementos. Há a relação jurídica que se busca declarar e o direito a esta declaração, que é conteúdo da primeira. Toda relação jurídica tem por conteúdo a pretensão ao reconhecimento desta mesma relação jurídica 108 pretensão esta que pode

-

ser chamada de direito ao reconhecimento 109. O direito ao reconhecimento liga-se ao respectivo dever de reconhecimento, cujo descumprimento revela-se com a negação ou questionamento da existência da relação jurídica que se busca certificar. Assim, diante da incerteza, surge para o demandante o interesse à efetivação do direito ao reconhecimento, que compõe o mérito da ação meramente declaratória. Assim, em uma ação meramente declaratória positiva, o autor afirma a situação jurídica que pretende ver declarada e o direito a essa declaração.

Na ação meramente declaratória negativa, afüma-se a inexistência de uma situação jurídica e o direito ao reconhecimento desta inexistência. O raciocínio é semelhante ao que feito acima, para a ação meramente declaratória positiva.

Não é simples, porém, a solução do problema da falta de interesse de agir na ação declaratória.

O tema foi examinado longamente por José Roberto dos Santos Bedaque1 10

Se, no caso de uma ação declaratória positiva, o réu limita-se a negar a existência de controvérsia - sem negar a existência da relação jurídica que se buscava declarar-, surge a dúvida sobre qual seria a melhor solução para o problema. Em uma interpretação mais rigorosa, uma vez comprovada a assertiva do réu, poder-se-ia afirmar a inexistência de interesse de agir, o que levaria o processo a ser extinto sem exame do mérito (art. 267, VI, CPC). Ou talvez à improcedência, tendo em vista a inexistência do direito ao reconhecimento. Não parece ser esta a melhor solução: se não há dúvida sobre a relação jurídica, deve

o juiz declará-la existente, evitando, com isso, futuros questionamentos - note que o réu reconheceu a existência da relação jurídica, afinnando, inclusive, que jamais a havia questionado. Mas como não conseguiu demonstrar a necessidade da intervenção jurisdicional, deve o autor arcar com as verbas da sucumbência - pagamento das despesas processuais e dos l 08. "A essencial pretensão de toda relação jurídica é a pretensão à afirmativa da própria existência da relação jurídica." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 1/·atado de direi/o privado. São Paulo: RT, 1 983, t. 5, p. 459.)

l 09. BOM FIM, Daniela Santos. A causa de pedir à luz da 1eoria do fato jurídico. Dissertação de mestrado.

Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 145.

1 1 0. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efelividade do processo e !écnica processual. 2n ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009.

honorários advocatícios1 1 1 • Se a relação jurídica que se busca declarar existe, também existe o direito ao reconhecimento, que dela é conteúdo. Assim, realmente, a solução mais justa é o julgamento de procedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento das verbas da sucumbência.

O raciocínio é semelhante para a ação declaratória negativa: se o réu negar a controvérsia, reconhecendo a inexistência da relação jurídica, deve o juiz julgar procedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das verbas da

sucumbência.

Também haverá interesse de agir na ação meramente declaratória, mesmo se possível o ajuizamento de ação de prestação, conforme exposto no parágrafo único do ait. 4° do CPC: "É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito".

Convém lembrar, neste momento, o caso Wladimir .Herzog, assassinado nos porões da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que a viúva foi ao Judiciário, assessorada pelo advogado e processualista Sérgio Bermudes, pedindo apenas o reconhecimento do direito à indenização, sem, porém, pedir a condenação da União ao pagamento desta verba. O que se queria era tornar certa a obrigação de a União indenizar. O Tribunal Federal de Recursos admitiu a ação (TFR, I" T., Ap. cív. n.

59.873-SP, rei. Min. Leitão K.rieger, j. em 2 1 .06.1 983).

No caso da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por se tratar de típica ação declaratória, com final idade de "afastar a i ncerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria", 112 é necessário também que na exposição da causa de pedir o autor indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplica

ção do ato objeto da demanda (art. 1 4, III, Lei n. 9.868/99). É o que Gilmar Ferreira Mendes denomina de legitimação para agir in concreto,113 parecendo-nos, contudo, que a incerteza jurídica é muito mais um fator que diz respeito ao interesse de agir - é o que o impulsiona - do que, propriamente, à legitimação para a causa, que ademais é sempre aferível in concreto, pouco importa a natureza jurídica da demanda. A controvérsia há de ser séria, a ponto de gerar insegurança jurídica, abalando a presunção de legitimidade de que goza todo ato normativo. Não se admite a mera controvérsia doutrinária, vez que ela, conquanto importante para o desenvolvimento científico, não tem o condão de obstar a aplicação do ato normativo. 114

1 1 1 . Adere-se à solução de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade da processo e técnica processual.

2' ed. São Paulo Malheiros Ed., 2009, p. 3 1 8. Também neste sentido, BOMFú \11, Daniela Santos. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em

Direito, 2012. p. 148-149.

1 1 2. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176.

1 1 3. MENDES, Gil mar Ferreira. Jurisdição constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 72.

1 14. DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN

(ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)". Ações constitucionais. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições Jus PODlVM, 2006, p. 373-374. Ainda sobre o tema, MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173.

O autor critica a utilização de critério meramente numérico ou quantitativo para aferição da controvérsia judicial. Refere-se, mais especificamente. à decisão do Min. Celso de Mello, para quem é necessário 258



TEORIA DA AÇÃO

Não se admite, ressalvada a ação sobre a autenticidade do documento, ação meramente declaratória de fato115 Não se permite a demanda ao Poder Judiciário para que

•

ele declare que um fato ocorreu. Permite-se requerer que o Poder Judiciário

certifique a situação jurídica que tenha ou não tenha emergido de um fato, mas não se admite pedir a simples declaração da ocorrência ou não de um evento. Por exemplo: não se pode pedir para que o juiz declare o estado de demência de alguém; pede-se que o magistrado, diante da demência, interdite o doente - e é por isso que essa demanda é constitutiva, e não meramente declaratória, porque gera uma situação jurídica nova, que é a incapacidade.

Nada obstante, aceita-se ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários (enunciado 242 da súmula do STJ).

Considera-se, por exemplo, não haver interesse processual na ação declaratória quando se tratar de consulta, pois o Poder Judiciário (exceção feita à Justiça Eleitoral, em razão de suas peculiaridades), não é órgão consultivo/opinativo.

6.4.4. O art. 4'[illegible] pm: ún, CPC. Distinção entre ação meramente declaratória e açfio de prestaçfio (condenatória). O art. 475-N, 1, do CPC, acrescentado pela Lei Federal 11. 11.23212005

Há muito, alertávamos de que havia uma tendência de conferir executividade à sentença meramente declaratória, quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível .1 16

Neste ponto, seria muito difícil distingui-la de uma sentença de prestação, quando fosse resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (art. 4º, parágrafo único, CPC).117

O STJ j á se posicionara neste sentido: 1 T, REsp n. 588.202fPR, rei. Min. Teori Za

a

vascki, j . 1 0.02.2004, DJ de 25.02.2004. 118 A Lei Federal n. l 1 .23212005 consagrou essa distinção, acolhendo uma sugestã.o que encaminhamos ao Senado Federal. O art. 475-N, que a situação de divergênciajurisprudencial seja caracterizada "pela existência de um volume expressivo de decisões conflitantes" (STF, ADC n. S!DF, rei. Min. Celso de Mello,j. 04.08.1999, DJ de 12.08. 1 999).

1 1 5. O CPC Português admite, genericamente, a ação meramente declaratória de fato: Art. 4°, n. 2, "a": "2. As acções declarativas podem ser ele simples apreciação, de condenação ou constitutivas. Têm por fim: a) As de simples

apreciação, ob1er unicamente a declaração ela existência ou inexistência de um direito ou de um facto;".

1 1 6. Em sentido contrúrio, Cândido Dinamarco: "Em nenhuma hipótese a sentença meramente declaratória, mesmo quando positiva, constitui título executivo para a execução forçada. Ainda quando a obrigação declarada haja sido ou venha a ser descumprida, quando somente a declaração houver sido pedida ao juiz só a mera declaração ele dará: a oferta de título para a execução forçada está exclusivamente nas sentenças condenatórias, pois só elas contêm esse momento lógico". (Instituições de direi/o processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 2 1 9-220.)

1 1 7. Sobre as dificuldades de estabelecimento de uma distinção entre a sentença declaratória e a sentença condenatória, MOREIRA, .José Carlos Barbosa. "Reflexões críticas sobre uma teoria ela condenação civil".

Temas de direi/o processual. São Paulo: Saraiva, 1 977. p. 72-80.

1 1 8. Imprescindível a leitura de ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". Leiluras co111ple111entares de processo civil.3 cd. Salvador: Edições JusPODIVM. 2005, p. 23-36.



FREDIE DIDIER JR.

I, prescreve que é titulo executivo judicial a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

Retirou-se a menção que havia à sentença condenatória, para deixar claro que qualquer sentença que reconhecer a existência de uma obrigação exigível, o que inclui a declaratória, tem eficácia executiva. Há diversos exemplos de ações

meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial etc.

De fato, se uma decisão judicial reconhece a existência de um direito a prestação já exercitável (definição completa da norma j urídica individualizada), em nada ela se distingue de uma sentença condenatória, em que isso também acontece. A sentença declaratória proferida com base no art. 4°, par. ún., CPC, tem força executiva, independentemente do ajuizamento de outro processo de conhecimento, de natureza "condenatória".119

"Se a nonnajurídica individualizada está definida, de modo completo, por senten

ça, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional".12º

A distinção que se deve fazer entre ação declaratória e ação condenatória é, atualmente, muito sutil, mas ainda existe: a) cabe ação meramente declaratória para reconhecer a autenticidade/falsidade de um documento (declaração de fato); b) cabe ação meramente declaratória para certificar a interpretação que se deve dar uma cláusula contratual; c) cabe ação meramente declaratória da existência de uma obrigação ainda inexigível (e que, portanto, não poderia ser objeto de uma ação condenatória); d) cabe ação declaratória de constitucionalidade das leis (ADC).

Uma dúvida final: há como distinguir urna ação de prestação (ação condenatória) de uma ação meramente declaratória aj uizada após a lesão, portanto quando já seria possível o ajuizamento de uma ação de prestação (art. 4°, par. ún., CPC)? Trata-se de questão dificílima. Inicialmente, é razoável afirmar que essa ação meramente declaratória não interrompe a prescrição, pois não houve comportamento do credor (titular da pretensão) que revelasse a sua vontade na efetivação da prestação. E os fatos interruptivos da prescrição (art. 202 do CC-2002) todos se justificam em um comportamento do 1 1 9. Em sentido diverso, José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o parágrafo

único do art. 4° do CPC.

antes da Lei Federal n. 1 1 .232/2005: "Essa tutela, todavia. não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastado pela tutela executiva, pois a sentença declanllória não é título. Terá o credor que postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via execu1iva". (Código de Processo Civil in1e1pretado. 2

ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49.)

120. ZAVASCKJ, Teori Albino. ·'Sentenças declaratórias, senlcnças condenatórias e eficácia executiva dos julgados". cit.. p. 3 1 -32.

credor direcionado ao cumprimento da prestação pelo sujeito passivo. Note-se que na ação condenatória (ação de prestação), o demandante anuncia o desejo de efetivar o seu direito após a certificação judicial; isso não acontece na ação meramente declaratória ajuizada após a lesão.121

Em resumo: a) no caso de ação declaratória preventiva (anterior à lesão) não há que se falar em prescrição, haja vista que não houve violação do direito (art. 1 89 do CC-2002); b) no caso de ação declaratória do art. 4°, par. ún., há prescrição,

mas o despacho inicial não a interrompe pois não há pretensão à efetivação, mas à mera certificação; c) no caso de ação condenatória, que pressupõe a violação, há prescrição e há interrupção.

Por conta disso: a) as sentenças condenatória e declaratória (art. 4.0, par. ún., CPC) têm idêntico conteúdo (certificação do direito subjetivo e da sua exigibilidade) e efeitos (oportunizar o manejo ele medidas executivas), mas o prazo prescricional para efetivação da sentença condenatória recomeçaria a correr a partir do trânsito em julgado, enquanto que, no caso da declaratória, por nunca se ter interrompido, conta-se desde a violação; b) o prazo para a e fetivação da sentença meramente declaratória (art. 4°, par. ún., CPC), como não houve interrupção, contar-se-ia mesmo desde a violação; assim, se, após o trânsito em j ulgado ela decisão, ainda houver prazo, poderia ser efetivada (executada); caso contrário, não.

5.5. Ações dúplices

Ação dúplice pode ser compreendida em duas acepções: processual e material.

Em sentido processual, ação dúplice é sinônimo de pedido contraposto: demanda proposta pelo réu em face do autor, no bojo da contestação, nas hipóteses admitidas em lei, como no procedimento sumário e na Lei cios Juizados Especiais. Fala-se, assim, em ação dúplice pelo simples fato de o procedimento permitir que o réu formule demanda contra o autor dentro da sua contestação.

Não é, porém, a acepção mais correta, embora seja bastante utilizada.

Lei processual alguma pode transformar alguma ação em dúplice: trata-se de fenômeno de direito material. Quando a lei autoriza a ampliação do objeto litigioso do processo pelo réu, ou estamos diante de reconvenção ou de pedido contraposto, técnicas legislativas consagradas.

As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Esta situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a uma das partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois a sua pretensão já se encontra inserida no objeto do 1 2 1 .Adotando esta solução, com referência expressa a esse entendimento, STF, ACO 81 2/MT, rei. Min. RJ

CARDO LEWANDOWSKl, j. cm 28.09.201 1 , publicado no DJe de 30.09.201 1 .

261



fREDIE DIDIER JR.

processo com a formulação do autor. 122 É como uma luta em cabo de guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) as ações declaratórias; b) as ações divisórias; c) as ações de

acertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos.

A relação jurídica deduzida em juízo poderia ter sido posta por qualquer das partes e, com a defesa, o réu já exercita a sua pretensão, sem a necessidade de reconvenção ou pedido contraposto.

6. CUMULAÇÃO OE AÇÕES

O estudo da cumulação de ações divide-se, basicamente, em dois pontos: a) cumula

ção subjetiva: estudo do litisconsórcio; b) cumulação objetiva: estudo da cumulação de pedidos. O primeiro será estudado em capítulo dedicado exclusivamente ao assunto; o segundo, será estudado no capítulo sobre petição inicial.

7. CONCURSO DE AÇÕES

O denominado concurso de ações (rectius: direitos) pode dar-se, em seu aspecto objetivo, de duas formas: a) concurso impróprio: há mais de uma pretensão concorrente, nascida a partir de um mesmo fato gerador; b) concurso próprio: há plural idade de causas de pedir que autorizam a formulação de mesmo pedido. Em caso de concurso de ações, somente é possível a satisfação de um dos direitos concorrentes: ou se pleiteia um dos pedidos possíveis (impróprio), ou se traz uma das causas de pedir (próprio). Não se podem cumular direitos concorrentes, pois é impossível o acolhimento simultâneo de todos eles (art. 295, par. ún., I V, CPC).

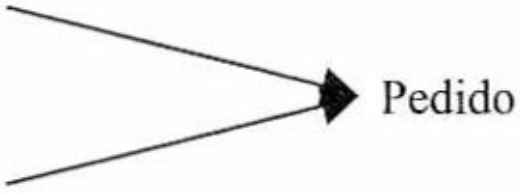
São exemplos de concurso de direitos: a) Vício redibitório: quanti minoris ou ação redibitória - arts. 441 -442, Código Civil/2002; b) invalidade do contrato por simulação ou por fraude; c) Pedido de complementação de área na venda ad mensuram, ou, subsidiariamente, a redução do preço ou extinção do contrato (art. SOO, Código Civil/2002); d) pedido de nulidade do contrato ou, subsidiariamenle, redução do 122. DEMARCHI, Juliana. "Ação dúplice, pedido contraposto e reconvenção". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2000, n. 17. p. 532. "Do prisma material, é dúplice a ação, provocando iudici11111

tluplex, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na ac1io duplex. o ato de impedir

(contestação) já expressa um pedido contrário.

Tal característica deriva do direito material posto em causa (rectius: mérito. pretensão processual ou objeto litigioso). " (Araken de Assis, Procedi111e11to Sumário. São Paulo: Malheiros Ed .. 1 996, p. 93). "A principal implicação desta afirmação reside na eventual decretação de carência de ação cm fase procedimental posterior ao oícrccimento da defesa pelo réu: o processo será extinto sem julgamento do mérito e não haverá possibilidade de o réu aproveiiar os atos processuais praticados para obter provimento favorável a sua pretensão." (DEMARCHI, cit., p. 532) Em uma hipótese, no entanto, o réu recebe o bem ela vida mesmo que o aulor seja caiecedor da ação. Ao tratar da ação renovatória, dispõe o an. 74 da Lei 11" 8.245/91 que. nBo sendo renovada a locação, o juiz fixará o prazo de até seis meses após o trânsito cm julgado da sentença para a desocupação do imóvel. Assim, mesmo no caso da decretação de carência de ação do autor (pois não será renovada a locação), o réu obtém tutela jurisdicional favor{1vel a sua pretensão.

(DEMARCHI, cit.. p. 539)".



valor da dívida; e) nulidade de casamento ou, sucessivamente, divórcio;123 f) quem possui uma cambial é credor do emitente seja da obrigação abstrata que

surge do negócio cambial, seja da obrigação causal que surge da relação fundamental; g) o credor de uma coisa determinada pode também ser seu proprietário, como nos casos de comodato, locação etc.; nestes casos, pode pretender a coisa como proprietário ou como credor;124 h) passageiro que sofre lesões no transporte ferroviário: tem direito à indenização por força da culpa aquiliana do preposto ou da responsabilidade objetiva da empresa ferroviária;125 i) vítima de acidente de trânsito, que tanto tem direito ao valor do seguro obrigatório como também a uma indenização do causador do acidente, devendo, entretanto, o valor daquele ser abatido desta.126

Concurso objetivo próprio

Concurso objetivo impróprio

<

e. de pedir 1

Pedido !

C. de pedir

e. de pedir 2

Pedido 2

A cumulação eventual (pedidos subsidiários; art. 289 do CPC) é muito litil nas situa

ções em que exista concurso objetivo de ações. Exatamente por não se tratar, a cumulação eventual, de uma cumulação própria de pedidos, conforme já visto, pode o autor demandar as concorrentes pretensões ao mesmo tempo, de modo que a segunda possa ser acolhida, acaso a primeira não o seja.127

Problema que atormenta os operadores jurídicos é o da coisa julgada nas ações concorrentes - notadamente à luz do nosso sistema, que sugere a tríplice identidade como requisito indispensável para a configuração da coisa ju lgada (art. 3 0 1 , §§2º e 3° do CPC).

É que, uma vez acolhida ou rejeitada uma das pretensões formuladas, obstada

está a possibilidade de nova discussão da causa, mesmo que formulada outra demanda. Embora não se trate de situações idênticas, pois os pedidos são distintos, opera, no particular, o efeito negativo da coisa julgada.

A questão, cuja solução parece simples na hipótese de acolhimento de uma das pretensões, pois faltaria ao pretendente interesse de agir na propositura da outra demanda, 123. Alguns exemplos rei irados do rol de Araken de Assis, C1111111laçào de ações, p. 258.

124. Os dois últimos são exemplos de concurso próprio citados por Liebman, "Ações concorrentes". in Eficácia e Autoridade da sentença, 2 cd., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 22-223.

125. Exemplo de concurso objetivo próprio de Cândido Dinamarco. "Electa una via non datur regressus ad alteram". Fundame111os do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2, p. 9 1 5 .

126. Enunciado nº 246 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada". A necessidade de dedução revela a existência de direitos concorrentes. Às vezes, o valor do seguro não corresponde ao valor dos danos, podendo a vítima pleitear em face do responsável pelo acidente a complementação da indenização. Permanece a regra: o direito concorrente só se extingue com a total satisfação do direito que com ele concorre.

127. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Quanti minoris". Direi/o processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 2 1 1 .

tem recebido da doutrina tratamento díspar na hipótese de não-acolhimento de uma das pretensões concorrentes. Poderia, por exemplo, João pleitear em face de José o pedido estimatório, quando já houvera demandado, e perdido, o p leito redibitório? É que, então, não se poderia dizer que o autor não tivesse interesse, na medida em que seu pleito anterior não fora acolhido.

Há quem afirme a impossibilidade do acolhimento da outra pretensão, ao fundamento de que a questão jurídica, que é uma só, já fora resolvida. Apl ica-

se, no particular, o brocardo romano electa una via non datur regressus ad alteram, ainda que não exatamente de acordo com as suas origens.1zs

Há, porém, quem se posicione pela possibilidade de admissão da outra pretensão concorrente, acaso a primeira não seja acolhida. Não tendo havido a satisfação (e não mera certificação) definitiva do direito do postulante, e em razão da não coincidência os elementos da demanda, poderia o autor pleitear a pretensão concorrente àquela que inicialmente havia sido rejeitada.129 Trata-se de posição majoritária, com a qual concordamos.

Também se cogita do concurso subjetivo de ações. Isso ocorre nas hipóteses de colegitimação ativa, em que um mesmo pedido, fundado em uma mesma causa de pedir, pode ser formulado por pessoas diversas. Trata-se dos clássicos casos de litisconsórcio facultativo unitário, que normalmente se revela no polo ativo. Frise-se que o concurso, aqui, é o da legitimação para a postulação do mesmo direito - diferente do concurso objetivo, em que há vários direitos concorrentes. O concurso subjetivo decorre de "situações jurídicas substanciais plurissubjetivas".130 Exemplo marcante é o das ações de impugnação de decisão societária: cada um dos sócios pode propor a demanda isoladamente.

Enquanto a cumulação eventual serve como forma de solução do concurso objetivo de pretensões, o concurso subjetivo resolve-se pelo litisconsórcio, que nada mais é do que um cúmulo de ações. No caso, conforme dito, o litisconsórcio será facultativo e unitário, com base no art. 46, J, CPC. Sobre as espécies de litisconsórcio, ver capítulo inteiramente dedicado ao tema, neste volume do Curso.

128. Sobre a exata acepção do brocardo latino, DINAMARCO, Cândido. "Electa una via non datur regressus ad alteram". Fundamentos do Pracesso Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2, p. 91 O e segs.

129. "Enfatizo que somente o resultado consumado da satisfação de um dos direitos é que opera a extinção dele próprio e também do direito concon-ente. (...) Não a propositura de demanda para o seu reconhecimento. Não a pronúncia de sentença que julgue procedente essa demanda. Não o trânsito em julgado dessa sentença". [salvo se constitutiva, acrescentamos] Cândido Dinamarco. "Electa una via non datur regressus ad alteram". Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2, p. 9 1 7-918.

130. GR.INOYER, Ada Pellegrini. Ações concorrentes - Pluralidade de partes legítimas à irnpugnação de urn único ato. in LI EBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. ob. cit., p. 239.

CAPÍTULO VII

Os "PRESSUPOSTOS PRocEssuA1s"

Sumário • 1 . "Pressuposto processual": uma apresentação - 2. Pressupostos de existência e requisitos de validade - 3. A classificação proposta, baseada na obra de José Orlando Rocha de Carvalho - 4. Pressupostos processuais subjetivos: 4.1 . Capacidade de ser parte; 4.2. Existência de órgão investido de jurisdição; 4.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato inicial do procedimento que introduza o objeto da decisão - 5.

Requisitos processuais subjetivos de validade: 5 . 1 . Capacidade processual; 5.2. Capacidade postulatória; 5.3.

Competência; 5.4. Imparcialidade - 6. Requisito processual objetivo intrínseco: respeito ao formalismo processual - 7. Requisitos processuais objetivos extrlnsecos ou negativos - 8. Regramento processual das pessoas casadas: 8 . 1 . Consideração introdutória; 8.2. Capacidade processual dos cônjuges nas ações reais imobiliárias: 8.2. l . O art. 1 .647 do CC-2002; 8.2.2. A restrição da capacidade processual e a ressalva prevista no Código Civil de 2002; 8.2.3. Fonna e prova do consentimento; 8.2.4. Aplicaç.�o na união estável; 8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge; 8.2.6. Suprimento judicial do consentimento (art. 1 1 do CPC e art. 1 .648

do CC-2002); 8.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos li e III do § 1 ° do art. 1 Oº do CPC) - 9. O curador especial.

1 . "PRESSU POSTO PROCESSUAL": UMA APRESENTAÇÃO

O desenvolvimento teórico da categoria "pressupostos processuais" deve-se a Oskar Bülow1 e tem origem na identificação do processo como relação jurídica distinta daquela que constitui o seu objeto. Assim como o reconhecimento da relação jurídica deduzida (a cujo respeito discutem os litigantes)2 pressupõe a verificação de certos fatos, "também o surgimento da relação jurídica processual, analogamente, depende da presença de determinados elementos, que condicionam, em termos globais, a existência. Tais seriam os pressupostos processuais".3 A expressão não é do agrado de todos, mas, de um modo geral, tem sido utilizada pela doutrina brasileira.

No entanto, convém uma advertência. Colocam-se sob essa rubrica tantas e tão diversas figuras, com tantos e tão diversos efeitos, que há quem critique, severamente, a existência dessa categoria de pensamento. De fato, "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. (...) É cômodo, sem dúvida, falar de 'pressupostos processuais', nos esquemas didáticos; e não apresenta maior inconveniente, desde que se tome o cuidado de pôr os pingos nos is".4

1. la teoria de las excepcio11es procesales y los presupues/os procesales. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Edieiooes Jurídicas Europa-América, 1 964, p. 04-09.

2. Os "pressupostos processuais" devem ser observados, também, nos procedimentos de jurisdição voluntária.

(GRECO, Leonardo. Jurisdiçcio voluntária moderna. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44-45).

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". Temas de direito processual civil -

Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1 989, p. 84.

4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sobre pressupostos processuais". Temas de direito processual civil -

Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1 989, p. 93.

FREDIE DIDIER JR.

Pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato-complexo de formação sucessiva. Há pressupostos do procedimento principal, do procedimento incidental e do procedimento recursai. Normalmente, a doutrina costuma referir aos pressupostos de existência e aos requisitos de validade, não tratando dos fatores de eficácia. Os limites deste trabalho não permitem que se vá muito além disso. Por isso, examinemos os pressupostos de existência e os requisitos de validade.

2. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA E REQUISITOS DE VALIDADE

Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. Pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica; requisito é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo.

Assim, é mais técnico falar em requisitos de validade, em vez de "pressupostos de validade". "Pressupostos processuais" é denominação que se deveria reservar apenas aos pressupostos de existência.5 Sucede que "pressupostos processuais" é expressão consagrada na doutrina, na lei (vide o inciso IV do art. 267 do CPC) e na jurisprudência.

É possível, assim, falar em "pressupostos processuais" lato sensu, como locução que engloba tanto os requisitos de validade como os pressupostos processuais stricto sensu (somente aqueles concernentes à existência do processo). A utilização da expressão

"pressupostos processuais" (entre aspas) indica referência aos pressupostos processuais amplamente considerados.

O processo, do ponto de vista interno, é uma relação jurídica, do ponto de vista externo, é um procedimento. Como em toda relação jurídica, impõe-se a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto).

Os sujeitos principais da relação j urídica processual são as partes (autor e réu) e o Estado-juiz. Para que a relação jurídica processual exista, basta que alguém postule perante um órgão que esteja investido de J urisdição: a existência de um autor (sujeito que pratique o ato inaugural, que tenha personalidade judiciária) e de um órgão investido de j urisdição completa o elemento subjetivo do processo. A relação jurídica processual existe sem réu; para ele, porém, só terá eficácia, somente poderá produzir alguma consequência jurídica, se for val idamente citado (art. 2 1 9 c/c o art. 263 do CPC-73).

Os elementos objetivos de uma relação jurídica são o fato jurídico e o objeto. O fato jurídico que instaura a relação jurídica processual é o ato inaugural (ato postulatório que introduz o objeto litigioso do processo) de alguém com personalidade judiciária perante órgão investido de jurisdição, conforme prevê o

art. 263 do CPC. O objeto litigioso do S. Segue-se, assim, a terminologia adotada por José Orlando Rocha de Carvalho, em primoroso trabalho, que é leitura obrigatória sobre o tema: Teoria dos pressupostos e dos req11isi1os processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

266

Os "PREssurosTos PRocEssuA1s"

processo é a prestação jurisdicional solicitada por esse ato, normalmente

designado de demanda. Preenchidos esses elementos, a relação jurídica processual existe.

É possível que, embora exista relação jurídica processual, a um determinado ato processual falte um pressuposto de existência jurídica, como ocorre com a sentença proferida por não-juiz ou que não possua decisão. Nesses casos, a relação jurídica processual existe, mas o ato (sentença) é que não preencheu os elementos mínimos do seu suporte fático, o que impede a sua existência jurídica. Pode-se falar, portanto, em pressupostos de existência de cada um dos atos jurídicos processuais que compõem o procedimento, independentemente da existência da relação jurídica processual.

Existente o processo (relação jurídica processual), é possível discutir sobre a admissibilidade (validade) de todo o procedimento (ato jurídico complexo) ou, especificadamente, de cada um dos atos jurídicos que nele são praticados. Não se pode discutir a validade da relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse - pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, aspecto extrínseco do processo, que é um ato jurídico complexo de fonnação sucessiva.

Surgem, então, os requisitos de validade do processo. Como todo ato jurídico, o procedimento também tem os seus requisitos de validade: a forma do ato deve ser respeitada bem como os sujeitos (juiz e partes) hão de ser capazes.6 O desatendimento dos requisitos de validade de um ato jurídico processual isolado não inviabiliza, a princípio, todo o procedimento; pode dar azo apenas à decretação de nulidade do ato jurídico processual defeituoso. Na verdade, quando se diz "processo inválido", está-se diante de uma consequência (inval idade) que decorre de um defeito no fato jurídico que deu causa à relação processual (demanda inicial) ou de um fato superveniente que diga respeito aos elementos daquele originário - e que impeça o prosseguimento do processo para a solução do objeto litigioso.

O ato jurídico inicial pode ser válido e, ainda assim, ser decretada a inadmissibilidade do procedimento. É que, conforme visto, a validade de um ato-complexo pode ser investigada durante toda a execução desse ato, que é composto de vários atos. Mas somente comprometerão o procedimento, e por isso podem ser considerados requisitos processuais, os fatos que digam respeito à demanda originária: relacionados ao autor, ao juízo ou ao objeto litigioso. Nem

todo ato processual defeituoso pode implicar o juízo de inadmissibilidade do processo: é preciso que o defeito deste ato impeça que o objeto Litigioso seja apreciado - e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado. Se não compromete a apreciação do mérito do procedimento principal, não pode ser considerado requisito de validade do processo: ou será um requisito de validade do ato processual isoladamente considerado, ou será requisito ele admissibilidade de um procedimento incidental ou recmsal.

6. No que se refere ao juiz, fala-se de competência, em vez de capacidade.



Um exemplo talvez seja esclarecedor. A competência é requisito de validade do processo ("pressuposto processual" de validade). A competência para a reconvenção, procedimento incidental, não é "pressuposto processual" de validade, embora seja um requisito de admissibilidade do incidente do processo: a incompetência do juizo para apreciar a reconvenção não impede que ele aprecie a demanda principal.

3. A CLASSIFICAÇÃO PROPOSTA, BASEADA NA OBRA OE JOSÉ ORLANDO

ROCHA DE CARVALHO

Existem inúmeras classificações dos "pressupostos processuais", algumas bastante conhecidas, como a de Galeno de Lacerda.7 Todas elas têm o objetivo de facilitar a visualização das diversas figuras encartáveis sob esta rubrica. Adota-se a classificação de José Orlando Rocha de Carvalho,8 não apenas por ser a mais coerente, mas porque se reputa o trabalho que mais bem identificou as diversas nuances da questão.

Não há maiores inconvenientes em seguir esta ou aquela classificação: isto é o que menos importa. O operador deve atentar, no entanto, para as consequências advindas do desrespeito a este ou aquele "pressuposto": se inval idade ou inexistência; se afeta todo o procedimento ou apenas um(ns) ato(s) isolado(s). Feita a advertência, eis a classificação proposta, com algumas adaptações. . {
Juiz -Órgão investido de jurisdição Subjetivos

Parte - Capacidade de ser parte

Pressupostos

de existência

Objetivos - Existência de demanda

"Pressupostos

{

processuais"

Juiz - Competência e imparcialidade

Subjetivos

Partes - Capacidade processual

e capacidade postulatória

Requisitos

de validade

{ Intrínseco -Respeito ao fonnalismo processual

Objetivos

Extrínsecos (ou negativos) - Perempção,

litispendência, coisa julgada,

convenção de arbitragem etc.

7. Despacho saneador. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 60 e segs.

8. Teoria dos press11postos e dos req11isuos process11ais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÜS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

4. PRESSU POSTOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS

4.1. Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte é a personalidade judiciária: aptidão para, em tese, ser sujeito da relação jurídica processual (processo)9 ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente, excipiente, excepto etc.).1º

Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade material - ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as j urídicas -, como também o nascituro, o condomínio, o nondum conceptus, 1 1 a sociedade de fato,12 sociedade não-personificada e sociedade irregular13 - as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986 do CC-2002 -, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), as comunidades indígenas ou grupos tribais14 e os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas etc.).15 Trata-se de noção absoluta: não se cogita de alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.

A incapacidade de ser parte pode ser arguida a qualquer tempo, pois "enquanto não cessa a aparente relação jurídica processual em que figurou o morto, ou o nunca existido, ou a sociedade inexistente, é possível pedir-se a extinção do processo".16

Decorre da garantia da inasfastabilidade do Poder Judiciário, prevista no inciso XXXV do art. 5° da CF/88.

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 222; ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. li, p. 230.

10. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.

1 1 . Art. 1 .799, 1, do CC-2002. Ver, sobre a capacidade de ser parte do 11011d11111 conceptus, MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 27.

12. Esta noção abrangente admite a capacidade de ser parte a centros acadêmicos ou grêmios estudantis não inscritos no Cartório de Pessoas Jurídicas, além ele aos movimentos sociais organizados como o MST

(Movimento dos Sem-Terra).

13. "A distinção entre sociedade irregular e sociedade não personificada consiste em que essa é uma sociedade regulannente constituída, mas ainda não inscrita no

registro de pessoas jurídicas, enquanto aquela é sociedade em que seu ato constitutivo não pode ser registrado por vício insanável. Difere ainda da chamada sociedade de fato, uma vez que essa se caracteriza por não ter natureza jurídica, mas, por ser grupo de pessoas que, embora desenvolvam atividade com objetivo comum, não têm intençílo de sociedade". (MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 26.)

14. Art. 37 da Lei Federal n. 6.001173 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

1 5. Por isso, é correto afirmar que há um número maior daqueles que podem ser parte do que daqueles que são pessoas. O conjunlo daqueles que podem ser parte contém o conjunto daqueles que têm personalidade jurídica de direito material (são pessoas: tisica ou jurídica).

16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 1, p. 238.

fREDIE DIDIER JR.

Não se exige, para que o processo exista, a capacidade de ser parte do réu. Nem mesmo a existência de réu identificado na petição inicial pode ser considerada u m pressuposto d e existência d o processo. Primeiro, porque b á processo sem réu, como ocorre em diversas h ipóteses de jurisdição voluntária (pedido de alteração de nome, por exemplo). Segundo, porque o processo nasce com a demanda, e não com a presença do réu em ju ízo. Terceiro, porque acaso o autor demande sem indicar o réu, o magistrado o intimará para regularizar a petição inicial e, depois, se não o fizer, extinguirá o processo por defeito do instrumento

da demanda. A existência do réu é fundamental para a eficácia da relação jurídica processual em face de terceiro, não para a existência desta mesma relação jurídica. Diante da inexistência de réu, deve o magistrado, sem análise do mérito. extinguir o processo, que já existe, por falta de requisito processual de validade. que é a formulação correta da demanda. A existência do réu é fundamental para a eficácia da sentença contra ele proferida: se o réu já estava morto, e não foi providenciada a sucessão, a sentença será ineficaz para os sucessores.

A existência de réu é também fundamental para a existência do ato processual citação, que o tem como elemento de existência: é pressuposto de existência do ato citação. Se o réu falece após a sua citação, é caso de proceder à sucessão processual, na forma do art. 43 do CPC, respeitada, quando for o caso, a regra da substituição processual pelo advogado, com a morte da parte após o início da audiência de instrução e julgamento (art. 265, § 1°, a, do CPC). Tudo o que foi dito aplica-se à extinção de pessoa jurídica, que equivale à sua morte.

4.2. Existência de órgão investido de jurisdição

A investidura na função jurisdicional é pressuposto de existência da relação jurídica processual e dos atos jurídicos processuais do juiz (decisões, despachos, colheita de provas etc.).

Considera-se inexistente o processo se a demanda foi ajuizada perante não-juiz e decisão prolatada por não-juiz é uma não-decisão, é apenas um simulacro a que não se pode emprestar qualquer eficácia jurídica. São não-juízes: aquele que não foi investido de jurisdição pela posse no cargo, em virtude de nomeação ou concurso; aquele que, embora tenha prestado concurso ou tenha sido nomeado, ainda não tomou posse; o magistrado aposentado ou em disponibilidade.

Cu mpre lembrar que, conforme visto no capítulo sobre competência, para alguns autores a "incompetência constitucional" implica inexistência de jurisdição e, portanto, a decisão porventura prolatada seria a non judice (uma não-sentença, pois).

4.3. Pressuposto processual objetivo: a existência de ato i n icial do procedimento que introduza o objeto da decisão

O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo

(aquilo que se 270



Os "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

pede). O ato de pedir é necessário para a instauração da relação jurídica processual é o

-

seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao

processo (art. 263

do CPC); a sua demanda dei imita a prestação jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art.

295, I, c/c par. ún., 1, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

5. REQUISITOS PROCESSUAIS SUBJETIVOS DE VA LIDADE

5.1 . Capacidade processual

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência e representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, administrador de condomínio, inventariante etc.

(art. 1 2 do CPC).17 "A capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado".18

É bom lembrar que as pessoas jurídicas precisam estar regularmente "presentadas"

em juízo (art. 1 2 do CPC); não se trata de representação, razão pela qual é "grave equívoco a afirmação de que as pessoas jurídicas seriam processualmente incapazes".19 Os casos do art. 1 2 do CPC indicam tanto hipóteses de representaçã.o (1 1 1 , JV e V) como de presentação (l , I I , VI e V J l l).

"Observe-se que, na comparência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de presenlação. O órgão presenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de representante. (...) De modo que há a presentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão presenta, materialmente; e, processualmente, também prcsellla.

As pessoas jurídicas ... precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensarnento ou o sentimento. O órgão da pessoa física -a boca, por

exemplo- fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo.

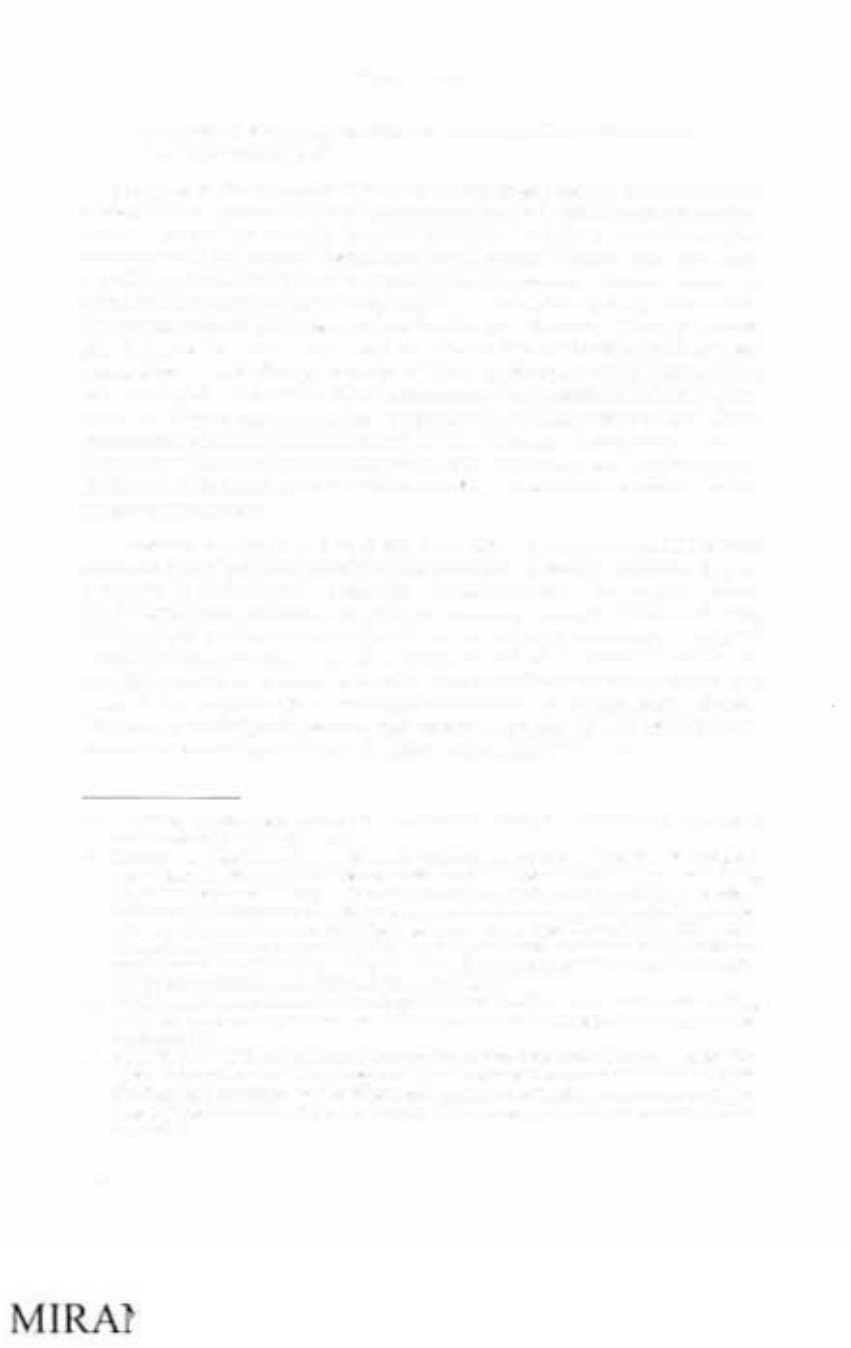
A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar ... Os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração uni lateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multi lateral de vontade, não 1 7. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para uma teoria das capacidades em direito". Revis/a de Direi/o Privado. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 3 1 .

1 8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 238. Ver, também, ROSENBERG, Leo. Tra1ado de derecho procesal civil.

Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, t. li, p. 24 1 .

1 9. MELLO, Marcos Bernardes de. "Achegas para urna teoria das capacidades em direito". Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2001, n. 03, p. 3 1 . Também assim, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de.

Comemários ao Código de Processo Civil. 5 cd. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 1, p. 239.



MIRA?

estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica. Estão a presentá

-las, a fazê-las presentes".2º

A representação do espólio é feita pelo inventariante (inciso V do art. 1 2), salvo se ele for dativo, quando "todos os herdeiros e sucessores do falecido serão

autores ou réus nas ações em que o espólio for parte" (§ 1° do art. 1 2 do CPC). A ressalva merece uma explicação: nos casos de inventariante dativo, qualquer herdeiro pode representar o espólio no polo ativo e todos os herdeiros devem ser citados nas demandas propostas contra o espólio (a representação é conjunta).21 Qualquer herdeiro poderá, em nome próprio, propor demanda para defender o condomínio que existe sobre a herança. Sucede que, se a parte é o espólio e o inventariante é dativo, qualquer herdeiro pode ser o seu representante - a redação legal é con fusa.22 Não se pode exigir que, em ação proposta pelo espólio, todos os herdeiros sejam Iitisconsortes ativos necessários, pois essa figura, como será visto no capítulo seguinte, não é admitida no direito brasileiro, por violar a garantia da inafastabilidade (inciso XXXV do art. 5° da CF/88). A situação é semelhante ã do condomí.nio: não só o condomínio pode propor a demanda, como também qualquer condômino, isoladamente; o condomínio, quando for parte, será representado pelo síndico ou pelo administrador.23

Consoante o disposto no § 32 do art. 12 do CPC, "o gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa ju rídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial". Os parágrafos do art.

2 1 5 do CPC cuidam de situação em que se presume a representação: a) Do mandatário, admin istrador, feitor ou gerente em relação ao réu ausente, quando a ação se originar de atos por eles praticados; b) Do administrador do imóvel encarregado de receber os aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou, na localidade em que se situa o i móvel, procurador com poderes para receber citação.

Cita-se o curador designado, com nomeação restrita à causa, quando o réu sofrer de algum distúrbio ou estiver impossibilitado de receber a citação (art. 2 1 8 § 32).

,

20.

DA, Francisco Cavalcanti Pomes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, l. 1. p. 2 1 9-220.

2 1 . Em sentido diverso, Nelson Ncry Jr. e Rosa Nery, para quem, nesse caso, "o espólio não será parte, mas os herdeiros. Se o espólio for réu, serão citados os

herdeiros como litisconsortes necessários, sob pena de ineficácia da sentença ... , excluindo-se o espólio do polo passivo; se for autor, deverão os herdeiros comparecer ao polo ativo da demanda como autores, também em litisconsórcio necessário"

(Código de Processo Civil comemaclo e legislação extravagante. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 422).

Também considerando que o caso do § 1° do arl. 1 2 impõe o litisconsórcio entre todos os herdeiros, no polo passivo ou ativo, não sendo o espólio a parte, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil imerpretado. São Paulo: Alias, 2004, p. 77.

22. BARBI, Celso Agrícola. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

v. 1, p. 92; DINAMARCO, Cândido. litisconsórcio. 5 cd. São Paulo: Malheiros Ed., 1 997, p. 2 1 7, especialmente nota 1 1 .

23. Arl. 1.791 do CC-2002, parágrafo único: "Até a partilha. o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, ser:\ indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio". Arl. 1 . 3 1 4 do CC-2002: "Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la".

ÜS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

Os entes despersonalizados que são admitidos como parte, mas que não constam do rol do art. 1 2, serão representados ou presentados em juízo por aquela pessoa que exerça as funções de administração, gerência, direção, liderança, conforme se constate no caso concreto. Exemplos: a Câmara de Vereadores será presentada por seu presidente; a faculdade, por seu diretor; a tribo ou grupo tribal, pelo seu cacique, FUNAI ou Ministério Público etc.

A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. É possível ter

capacidade de ser parte e não ter capacidade processual; a recíproca, porém, não é verdadeira.

A capacidade processual é requisito de validade dos atos processuais e a sua falta é sempre sanável, na forma do art. 1 3 do CPC. A não-sanação da incapacidade processual gera consequências diversas, conforme se trate do autor (extinção do processo, se for único; em caso ele litisconsórcio, exclui-se o autor incapaz), réu (prosseguimento do processo à sua revelia) e terceiro (exclusão cio processo). Não é correto, pois, afirmar, peremptoriamente, que a incapacidade processual da parte implica a extinção do processo.

Diante disso, somente a capacidade processual do autor pode ser vista como requisito processual de todo o procedimento.

Além disso, deve-se lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades processuais, que há uma tendência doutrinária no sentido de aplicar aos "pressupostos processuais" o sistema das invalidades do CPC, que veda a decretação de nul idade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 1 3 , I , do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursai, porque a ausência de representação não causou prej uízo ao demandante (a incapacidade é uma forma de proteger o incapaz, lembre-se).

Há uma estreita relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade de exercício), con forme demonstra a regra do art. 7º do CPC. No entanto, há a figura da incapacidade puramente processual, que dá azo à participação do curador especial, como no caso do réu revel citado por edital ou com hora certa. Os cônjuges, em alguns casos adiante examinados, embora tenham plena capacidade civil, sofrem mitigações em sua capacidade processual. Nada impede, também, que a lei crie situações de incapacidade material e capacidade processual plena, como aquela que a até bem pouco tempo ocorria no âmbito dos Juizados Especiais: conferia-se capacidade processual plena ao maior de dezoito anos, que, até janeiro de 2003, vigência do Código Civil de 2002, era relativamente incapaz. O incapaz sem representante, por exemplo, tem capacidade processual para pedir a designação de um curador especial que o represente (art. 9º, 1, do CPC). Há, portanto, autonomia entre os regramentos das capacidades processual e material.24 Do mesmo modo, um cidadão-eleitor com

24. Percebeu o ponto, fazendo referência a situações peculiares do direito italiano, PISANI, Andrea Prato.

Lezioni di diritto processuo/e civile. 4 cd. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 303.

273

dezesseis anos, embora relativamente i ncapaz no âmbito civil, tem plena

capacidade processual para o ajuizamento de uma ação popular.

5.2. Capacidade postulatória

Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional (ius postulandi).

Já se viu que os atos processuais exigem um especial tipo de capacidade de exercício denominado de capacidade processual: não basta simplesmente a capacidade para a prática de atos materiais para que se possam praticar validamente os atos processuais, que exigem capacidade específica.

Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).

A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o M i nistério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses do art. 36 do CPC, dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e no habeas corpus.

O pedido de concessão de "medidas protetivas de urgência", pela mulher que se alega vítima de violência doméstica e famil iar, pode ser formulado diretamente pela suposta ofendida, que, para tanto, tem capacidade postulatória. Não é necessário, portanto, que esteja acompanhada de advogado ou defensor público (art. 19, caput e § 1°, e art. 27, ambos da Lei Maria da Penha).25 A capacidade postulatória é concedida à mulher, neste caso, apenas para formular a demanda das "medidas protetivas de urgência" (arts. 22-24

da Lei Federal n. 1 1 .340/2006); não a tem, porém, para o acompanhamento do processo a partir daí. Segue-se, assim, o modelo da lei de alimentos (art. 2° da Lei 5.478/1 968).26

Recebida a demanda, após examinada a possibilidade de concessão de medida liminar, 25. Art. 27 da Lei Federal n. 1 1 .340/2006: "Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no ar!. 19 desta Lei".

26. "Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz compelente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe".

Os "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

deve o magistrado determinar a integração da capacidade postulatória da autora, seja pela constituição de um advogado, seja pela designação de um defensor público (art. 1 8, II, Lei 1 1. 340/2006).27

As pessoas não-advogadas precisam, portanto, integrar a sua i ncapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.

Como se trata de um requisito de validade, é preciso pensar a capacidade

postulatória à luz do sistema de invalidação dos atos processuais, que, conforme examinado em capítulo próprio, impede a decretação da invalidade se do defeito do ato não decorrer prejuízo. Busca-se, sempre, o aproveitamento do ato processual.

O estagiário é, juridicamente, um relativamente incapaz: relativa i ncapacidade postulatória, pois pode praticar os atos privativos da advocacia assistido por um advogado - e ainda há atos que pode praticar sozinho. É o que dispõe o art. 29 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB:

"Art. 29. Os atos de advocacia, previstos no Art. 1 º do Estatuto, podem ser subscritos por estagiário inscrito na OAB, em conjunto com o advogado ou o defensor público.

§ 1 º O estagiário inscrito na OAB pode praticar isoladamente os seguintes atos, sob a responsabilidade do advogado:

l retirar e devolver autos em cartório, assinando a respectiva carga;

-

1 1 - obter junto aos escrivães e chefes de secretarias certidões de peças ou autos de processos em curso ou findos;

l l L - assinar petições de juntada de documentos a processos judiciais ou admin istrativos.

§ 2º Para o exercício de atos extrajudiciais, o estagiário pode comparecer isoladamente, quando receber autorização ou substabeleci mento do advogado".

Partindo dessas duas premissas, a SDI 1 do TST consolidou a OJ n. 3 1 9, cujo texto merece transcrição: "Representação regular. Estagiário. Habi 1 itação posterior. Válidos são os atos praticados por estagiário se, entre o substabelecimento e a interposição do recurso, sobreveio a habilitação, do então estagiário, para atuar como advogado". A procuração outorgada a um estagiário deve ser aproveitada como instrumento da representação judicial, se o estagiário, ao tempo da prática do ato, já era advogado; não há necessidade de nova procuração, pelo fato de o estagiário ter adquirido a plena capacidade postulatória, com a habil itação para o exercício da advocacia.

A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo, se não for sanada; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua 27. "Art. 1 8 . Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, uo prazo de 48 (quarenta e oito) horas: (...) li - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso".

275

exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatórios que praticarem. Como se trata de capacidade, bifurcação da capacidade processual exigida para a prática de alguns atos processuais, é requisito de vai idade (art. 104, CC-2002) dos atos processuais.

Há outra questão, porém, que merece cuidadoso exame.

O parágrafo único do art. 37 do CPC afirma que a não-ratificação dos atos praticados por advogado sem procuração importará havê-los por inexistentes. A partir do texto legal, seria possível defender que a capacidade postulatória é "pressuposto processual"

de existência. O Superior Tribunal de Justiça acolheu a terminologia no enunciado 1 1 5

d a súmula da sua jurisprudência predominante: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos" - a propósito, o rigor desse enunciado é manifesto: não há preocupação com a qualidade das decisões, mas apenas com a rapidez com que são proferidas; não há razão para impedir-se a ratificação do ato em sede de tribunal.

Não é o caso de seguir a tem1inologia do CPC, manifestamente equivocada.

Antes de comentar o dispositivo, cabe uma observação: o ato foi praticado por quem poderia praticá-lo, ou seja, um advogado. Não há incapacidade postulatória. O que não bá é a prova da representação voluntária, negócio jurídico que, no caso, serviria para a integração da incapacidade técnica da parte.

A situação não é de inexistência, mas, sim, de ineficácia do processo ou do ato em relação àquele que supostamente seria a parte, mas que não outorgou o i nstrumento de representação.28 "A falta de poderes não determina nulidade, nem existência".29 Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal suspensiva: a ratificaçã.o. Não há falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por um advogado, que a tem; o vício é na representação, que não restou comprovada. É

aplicação direta do quanto d isposto no art. 662 do CC-2002.3º

Mas não é só.

a) O advogado será responsabil izado pelas perdas e danos, em razão da extinção do processo instaurado sem que lhe tenha sido outorgada a procuração: se o processo não 28. Corretamente identificando a questão como atinente ao plano da eficácia, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente-mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dial6tica, 2004, n. 1 3 , p. 52. Também assim José Maria Tcsheiner: " ... a sentença acaso proferida será ineficaz com relação a quem podia ter ratificado a inicial, mas não o fez. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória".

(Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284).

29. M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. 4, cit., p. 27.

30. "Art. 662. Os atos praticados por quem oão tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar". Trata-se de consagração de entendimento doutrinário, e que corrigiu as confusões que antes reinavam sobre o tema.

ÜS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

existisse juridicamente, seria inconcebível e ilógico colocar a extinção do "nada jurídico"

como suporte fático do dever de inden izar.

b) A situação é similar à do processo instaurado por uma parte ilegítima: é como se o advogado, que não foi autorizado a demandar, estivesse pleiteando em juízo direito alheio, sem que tivesse legitimação extraordinária para tanto; é como se o

autor fosse o advogado, não o seu pretenso representado.

c) Admitir ratificação de ato inexistente é, no mínimo, uma contradição lógica.31

d) Conforme foi visto, tudo aquilo que se coloca posteriormente à prática do ato, como exigência para a produção dos seus efeitos jurídicos, somente pode ser considerado como condição, fato que opera no plano da eficácia; o ato processual, no caso, produz efeitos imediatamente, mas fica subordinado a condição resolutiva.

A situação muda de figura quando se trata de ato praticado por quem não é advogado

- na primeira hipótese, o ato é praticado por advogado sem instrumento de representação.

O caso é regulado pelo art. 4° do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas". Aqui, corretamente, o caso é de invalidade, pois ser advogado é requisito para a prática do ato - todo requisito de validade é um dado que tem de ser coeso à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos.

Aqui, está-se diante de verdadeira falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por quem não a tem; o ato, pois, foi praticado sem o preenchimento do requisito subjetivo da capacidade.

5.3. Competência

A competência do órgão jurisdicional é requisito de validade do procedimento que o magistrado porventura vier a conduzir e, por consequência, da decisão que vier a prolatar.

A competência foi estudada em capítulo específico.

5.4. Imparcialidade

A imparcialidade é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. H á dois graus de parcial idade: o

impedimento e a suspeição.

A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/

suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados.

O exame das consequências processuais da parcialidade do magistrado será feito por ocasião do estudo das exceções de i mpedimento e suspeição.

3 1 . Também neste sentido, DEMARCHI, Juliana. "Ato processual juridicamente inexistente - mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica", cit., p. 52.

fREDIE ÜIDIER JR.

Convém lembrar, por oportuno, que a imparcialidade e a competência são pressupostos processuais relativos ao juiz que derivam da garantia fundamental do direito ao juiz natural, conforme examinado no capítulo sobre jurisdição.

6. REQUISITO PROCESSUAL OBJ ETIVO INTRÍ NSECO: RESPEITO AO FOR

MA LISMO PROCESSUAL

Os requisitos intrínsecos de validade podem ser reunidos sob a seguinte rubrica: respeito ao formalismo processual.

Considera-se formalismo processual a totalidade formal do processo, "compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais".32

Como conjunto das regras que disciplinam a atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no contexto do estudo da tutela jurisdicional. De acordo com o pensamento de Carlos Alberto A lvaro de Ol iveira, podem ser citadas algumas funções do formalismo processual: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao procedimento; e) disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de 1 iberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois "a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes;"33 f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si, seja no plano normativo, impondo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, impondo a paridade de armas, garantindo o exercício bi lateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, ainda, h) determinar como, quando e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada. 34

Não há confund ir-se, embora a homonímia, o formalismo de que se trata com o formalismo fetiche da forma; este último, na verdade, deformação daquele.

32. OLlVEIRA, Carlos Alberto AI varo. Do formnlismo 110 processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06/07.

33. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo. Do formalismo 110 processo civil. São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 07-08.

34. O fomialismo, conforme conceito exposto. é construído de modo a que o processo atinja os fins para os quais foi criado. Ainda de acordo com o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podem ser alinhados, como fins - e, por consequência, valores. visto o inegável entrelaçamento entre estas noções

- os seguintes: justiça, paz social, segurança e efetividade (0 formalismo no processo civil, p. 65-73).

278

Os "PRESsurosros P1wcESSUA1s"

Pode-se dizer que o formalismo responde às perguntas: como funciona (o processo) e quais são as regras do jogo. Trata-se - em linguagem simples - do regulamento da disputa. O cerne do formalismo processual está no procedimento - espinha dorsal, na feliz expressão de Carlos Alberto A lvaro de Oliveira.35

Por isso, o desrespeito ao formalismo processual implica invalidade do ato jurídico processual/procedimento. É difícil imaginar uma hipótese em que o desrespeito a um destes requisitos importe a extinção do processo (art. 267, 1 V, do CPC). Submetidos que estão ao sistema de nu 1 idades, sempre deverá buscar-se o aproveitamento dos atos processuais ou a sanação cio vício; somente se impossível a correção/aproveitamento é que o ato não deve ser aceito e, se for o caso, o processo ser extinto.

É muito importante advertir: a nulidade somente poderá ser decretada após a investigação da existência de efetivo prejuízo e desde que obedecidas, ainda, com rigor, as diversas regras que compõem o sistema de nulidades do CPC (arts. 243-250), cujo objetivo principal é exatamente o de evitar a decretação das nulidades. Relacionar os requisitos de validade com o sistema de nulidades do CPC é absolutamente fundamental para que se faça a correta interpretação dos dispositivos legais.

Assim, exemplificativamente, podem ser citados os seguintes requisitos objetivos i ntrínsecos de validade: a) petição inicial apta; b) comunicação dos atos processuais, inclusive e principalmente a citação; c) respeito ao princípio do contraditório; d) obediência ao procedimento, como, por exemplo, a necessidade de intimação da parte para manifestar

-se sobre documento juntado ao processo pela outra; e) escolha correta do procedimento.

7. REQUISITOS PROCESSUAIS OBJETIVOS EXTRÍNSECOS OU NEGATIVOS

Os requisitos objetivos extrínsecos também são conhecidos como requisitos negativos, pois são fatos que não podem ocorrer para que o procedimento se instaure validamente.

São fatos estranhos à relação jurídica processual (daí o adjetivo "extrínseco"),

que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo (procedimento).

Não se trata de simples requisito do ato jurídico processual; na verdade, é requisito de validade do próprio processo, enquanto procedimento. Conforme veremos, de acordo com a teoria das inval idades um ato pode ser defeituoso por fatos que lhe são anteriores ou contemporâneos: no caso, o ato complexo procedimento já nasce viciado por fatos que lhe antecedem.

A princípio, são vícios insanáveis.36 Por isso, o reconhecimento da existência de algum desses fatos inexoravelmente levará à extinção do processo - salvo se disser respeito a apenas parcela da demanda (litispendência parcial, p. ex.), hipótese em que haverá inadmissibilidade parcial da causa, sem a extinção do processo, que prosseguirá em relação à parcela restante.

35. Do formalismo 110 processo civil. São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 1 1 1 .

36. Diz-se a princípio, pois, como veremos no capítulo sobre as invalidades processuais, se a causa da extinção do processo desaparecer (p. ex.: o processo que estava pendente, e que autorizou a extinção por litispendência, foi extinto sem exame do mérito), desaparece o óbice para a repropositura da demanda.

FREDIE DIDIER JR.

A circunstância de a existência de um desses fatos levar à extinção do processo é um dos motivos que levou o legislador a dar-lhes tratamento normativo distinto em relação aos outros "pressupostos processuais": deu-lhes incisos próprios (V e VII) no rol do art.

267, retirando-os da incidência da regra geral do inciso I V do mesmo artigo.

São exemplos: a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de

arbitragem. Também é "pressuposto processual" negativo, específico para as demandas em que se pretende o reconhecimento de domínio (ações petitórias), a pendência de processo possessório em que se discuta esse domínio: não pode estar pendente demanda possessória em que se discuta domínio, para que prossiga a ação petitória ajuizada tendo em vista o mesmo objeto (art. 923 do CPC).37 O art. 1 1 do Estatuto da Cidade38 dispõe que, na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. A inexistência de processo de usucapião especial urbana se torna pressuposto processual negativo (extrínseco) de vai idade das demandas petitórias e possessórias que digam respeito ao imóvel usucapiendo. Adapta-se, aqui, a ideia já prevista para as ações possessórias.

8. REGRAM ENTO PROCESSUAL DAS PESSOAS CASADAS

8.1 . Consideração introdutória

O casamento é fato jurídico que repercute de forma bastante significativa no processo civil, mais especificamente em relaçã.o à capacidade processual das pessoas casadas.

Essa capacidade processual possui regramento próprio: artigos 1 0 e l i do CPC, que serão objeto de estudo mais delongado.39 Há relação, no particular, entre o Código Civil e o Código de Processo. Os arts. 10 e 1 1 do CPC-73 apenas repercutem o regramento já contido na legislação material nos arts. 1 .643 a 1 .648, adiante examinados.

8.2. Capacidade processual dos cônj uges nas ações reais imobiliárias 8.2.1. O art. 1.647 do CC-2002

O artigo l .647 do CC-200240 cuida dessas hipóteses de ilegitimidade: não tem o cônjuge legitimidade para, sem autorização do outro, praticar os atos ali arrolados. Interessa, neste momento, o inciso l l desse artigo, que restringe a capacidade processual das pessoas casadas nas demandas reais imobiliárias: a participação de ambos os cônjuges,

37. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comemârios ao Código de Processo Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, J 995, V. 8, l. 3, p. 386.

38. "Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas

relativamente ao imóvel usucapiendo".

39. O art. 350, par. ún, CPC, cuida da capacidade do cônjuge para confessar, nas causas em que se discutam imóveis: a confissão de um só é eficaz com o consentimento do outro. Também aqui incide o art. 1 .647

do CC-2002, adiante examinado, que dispensa essa autorização nos casos de casamento sob regime da separação absoluta.

40. A1t. 1 .647. "Ressalvado o disposto no art. 1 .648, nenhum dos cônjuges pode. sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: 1 - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; l i - pleitear, corno autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; (...)"

Os "PREssurosrns PROCEssuA1s"

nessas h ipóteses, é exigida. Essa restrição da capacidade visa proteger o patrimônio imobiliário fami l iar.

8.2.2. A restrição da capacidade processual e a ressalva prevista no Código Civil de 2002

O inciso I I do art. 1 .647 do CC-2002 tem cunho eminentemente processual. Cuida da capacidade processual das pessoas casadas, no polo ativo, e da

exigência de litisconsórcio passivo, nas causas relacionadas a direitos reais imobiliários. O inciso também se aplica às causas que versem sobre direitos reais imobi liários sobre a coisa alheia, por força do inciso I deste mesmo artigo, que a eles faz referência ("gravar de ônus real").41

Conforme ressalvado no caput do artigo J .647 do CC-2002, não se aplica a exigência de participação do consorte quando o casamento se der em regi me de separação absoluta de bens (arts. 1687-1688 do CC-2002). "As vedações são aplicáveis aos regimes de bens de comunhão parcial, de comunhão universal e de participação final de aquestos",42 no último caso se não houver acordo pré-nupcial neste sentido. Trata-se de uma mudança promovida pelo CC-2002: é que, de acordo com o CC-1916, havia exigência de consentimento prévio do cônjuge para a prática dos atos enumerados no art. 235 do código revogado, qualquer que fosse o regime de bens.

Em razão de a restrição de capacidade (exigência de consentimento prévio do outro cônjuge), de que cuida este artigo, não mais subsistir nas h ipóteses de matrimônio sob o regime da separação, algumas regras processuais devem ser interpretadas à luz deste novo regramento.

As exigências previstas no caput e no §1° do art. 1 0 do CPC deixam de incidir quando se estiver diante de partes casadas entre si sob os regimes da separação absoluta.43

Há dúvida se essa ressalva aplica-se a qualquer regime de separação de bens, legal ou convencional. Com razão Humberto Theodoro Jr., que afirma não haver razão para a distinção: se o regime for o da separação de bens, pouco importa se por força de lei ou manifestação de vontade, fica dispensada a vênia conjugal.44 Também se dispensa o 4 1 . NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigo1: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 286.

42. LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258. Em sentido contrário, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigo1: 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 285.

43. No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "Algumas regras do Novo Código Civil e sua repercussão no Processo -prescrição, decadência

etc." Revista Dialética de Direilo Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 5, p. 8 1 ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado.

Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 69.

44. Tl-IEODORO Jr., Humberto. O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. Disponível em: bttp://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm, consultado em 22. I 0.2004, às 1 1 h04. Miguel Reale também entende que se não devem tratar distintamente os regimes da separação obrigatória e da separação convencional (Esrudos preliminares do Código Civil. São Paulo: RT, 2003, p. 62-63). Retifica-se, assim, o entendimento defendido em DIDIER Jr., Fredie. Regras processuais no Novo Código Civil. São Paulo: 281

FREDIE Drori:R JR.

consentimento do consorte nos casos de casamento sob regime da participação final dos aquestos, com cláusula no pacto antenupcial em que se permita a alienação/oneração de bem i móvel sem a autorização do outro cônjuge (art. 1 .656 do CC-2002).45

O cônjuge somente pode demandar em juízo sobre um direito real imobiliário se o outro lhe der autorização neste sentido (art. 10, caput, CPC-73). "A locução legal é ampla e abrange, além das ações diretamente relacionadas aos direitos

reais catalogados"

no Código Civil, "quaisquer outras, ainda que indiretamente relacionadas com aqueles direitos", como as ações envolvendo hipoteca, a demolitória, a divisória, a nunciação de obra nova etc.46

Não é caso de 1 itisconsórcio ativo necessário, figura, aliás, que não existe - ninguém pode ser obrigado a demandar em juízo somente se outrem também assim o desejar.

Trata-se de norma que tem o objetivo de integrar a capacidade processual ativa do cônjuge demandante. "Dado o consentimento inequívoco, somente o cônjuge que ingressa com a ação é parte ativa; o que outorgou o consentimento não é parte na causa".47 Nada impede, porém, a formação do litisconsórcio ativo, que é facultativo.

Quando a causa versar sobre direito real imobiliário, na coisa própria ou em coisa alheia, ambos os cônjuges devem ser citados (art. 10, §1º, 1 e IV, CPC).48 Aqui, diversamente, trata-se de h ipótese de litisconsórcio passivo necessário.

O Código Civil não cuidou do problema da participação dos cônjuges nas ações possessórias (que não são demandas reais, pois o direito à proteção possessória não é direito real, embora muitas vezes com os direitos reais se relacione). O CPC trata do assunto no §2º do art. 1 O: a participação do cônjuge, nestes casos, se restringe às situações de compasse e às causas que disserem respeito a ato por ambos praticado.49 Há duas observações importantes a fazer em torno desse parágrafo segundo: a) em relação ao polo ativo, refere-se exclusivamente às ações possessórias imobil iárias, embora não haja menção a essa qualidade no texto legal, que foi introduzido pela reforma de 1994

Saraiva, 2004, p. 1 1 7 -jit na segunda edição desta obra não consta mais a posição que restringe a ressalva à separação convencional.

45. Arl. 1.656 do CC-2002: "No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a l ivre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".

46. ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". Do111rina e prá1ica do processo civil contemporâ11eo. São Paulo: RT, 200 1 , p. 1 27.

47. Incisos 1 e [V do § 1° do art. 10 do CPC: "Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: 1 - que versem sobre direitos reais imobiliários; (...) IV - que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges".

48. "A previsão abrange também as hipóteses de vínculos e restrições impostos pelo testador ou pelo doador, como inalienabilidade, impenborab1l idadc e incomunicabilidade ... Aqui não se trata de ação fundada em direito real, pois a causa de pedir está restrita aos fatos que, no entender do autor, revelem a existência ou o direito à constituição ou extinção de um desses ônus. A pretensão não tem fundamento em direito real".

(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lnterprewdo, cil. p. 72.) 49. § 2° do arl. 1 O do CPC: "Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticados".

Os "PRESSU POSTOS PRocEssuArs"

exatamente para esclarecer a extensã.o do caput e do § 1 º do art. 10 às ações possessórias - e esses d ispositivos, como visto, somente se referem às ações imobiliárias; b) fala o dispositivo em "participação do cônjuge", locução que deve ser interpretada à luz dos outros enunciados do art. 10: no polo ativo, a "participação do cônjuge" dar-se-á pelo consentimento;50 no polo passivo, será exigido o litisconsórcio necessário.

Nos casos mencionados, poderá o cônjuge que não foi ouvido: a) ingressar no

processo e pedir a anulação dos atos até então praticados; b) ajuizar ação rescisória (art. 485, V, do CPC-73), se a demanda tiver sido ajuizada pelo outro cônjuge sem o seu consentimento e já houver trânsito em julgado; c) aj uizar ação de nul idade transrecisória (p. ex.: art.

741, 1, CPC-73) ou ação rescisória, se não tiver sido citado em ação real ou possessória imobiliária proposta contra o seu cônjuge.51

Mas não é só.

O § 2º do art. 655 do CPC52 impõe a intimação do cônjuge do devedor, quando houver penhora de bem imóvel. Esta exigência impõe a formação de um litisconsórcio ulterior necessário no processo de execução e a sua falta é vício que pode ser arguido a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 47 do CPC). A intimação, nesses casos, justificava-se na regra de direito material que condicionava a alienação de imóvel ao consentimento do outro cônjuge.53 Como esta exigência não mais se aplica aos casos de casamento sob o regime da separação absoluta, ou de participação final nos aquestos, havendo pacto antenupcial neste sentido (art. 1 .656 do CC), quando houver penhora de devedor casado sob um desses regimes, é desnecessária a intimação a que alude o parágrafo j á mencionado.54

As restrições aplicam-se a ambos os cônjuges, sem qualquer distinção entre marido e mulher. Deve o artigo ser interpretado restritivamente, porque se trata de norma que limita o exercício de direitos.55

8.2.3. Forma e prova do consentimento

A lei não prevê forma para o consentimento - diversamente do que fez com a aprovação (art. 1 .649, par. ún., CC-2002), que é um consentimento concedido posteriormente 50. Em sentido diverso, para quem o dispositivo contempla "um dos poucos casos de litisconsórcio necess{irio ativo", BEDAQUE, .José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado, cit.. p. 73.

5 1 . Sobre o cabimento, nestes casos de litisconsortc necessário não-citado, de querela nulli1a1is e até mesmo ação rescisória, ver FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, querela 1111/litatis e ação rescisória".

ln: Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 243-268.

52. § 2º do art. 655 cio CPC: "Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado".

53. "A regra se revela simétrica à que exige vênia conjugal nos atos voluntários de alienação ou de oneração dessa espécie de bens". (ASSIS, Araken. Ma1111al do processo de execução. 7 ed. São Paulo: RT, 200 1 , p . 646).

54. Anteviu a questão Araken de Assis, Manual do processo de execução. 7 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 646.

55. LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258.

à prática do ato. O consentimento prévio é, a princípio, ato de forma livre (art. 107 do CC-2002). Nada impede, por exemplo, que a autorização para a propositura de ação real imobiliária (art. 1 .647, l i) seja dada na própria petição inicial, eis que, em relação à prova do consentimento, se aplica a regra do art. 220 do CC-2002, segundo a qual "a anuência ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que se possa, do próprio instrumento". Há, porém, outros meios de prova, por exemplo: a) assinatura da procuração para o advogado que atuará

na causa; b) documento criado com essa exclusiva final idade, que será anexado à petição inicial.

8.2.4. Aplicaçfio na união está1•el

Questão das mais tormentosas é a da aplicação desses dispositivos (art. 1 .647 do CC-2002; art. 10 do CPC-73) à união estável. Como é possível intuir, há duas possibilidades, antagônicas entre si, de interpretação do texto legal.

Embora só se refira aos cônjuges, há quem defenda a extensã.o das exigências deste artigo à união estável, sob o argumento de que a ela se aplicam as regras da comunhão parcial de bens (art. 1 .725 do CC-2002), salvo se houver contrato escrito em que se estabeleça a separação absoluta.56 Se se trata de um bem que pertence à comunhão, a sua al ienação não poderia prescindir do consentimento de ambos os companheiros.

Cumpre advertir o seguinte: o terceiro, neste caso, ficaria um tanto desprotegido, em razão da ausência de registro da união estável. Convém que o terceiro observe esta circunstância na hora de celebrar o contrato. De todo modo, fica-lhe garantido o d ireito de regresso contra o companheiro que contratou sem consentimento. Não se nega que, na situação, haverá um conflito de interesses entre duas pessoas de boa-fé: o terceiro e o companheiro enganado. Um dos dois haveria de ser prestigiado. À luz do art. 226, caput, da CF/88, que aponta para a circunstância de que o Estado deve dar especial proteção à família (no caso, a união estável), fica-se com a interpretação que protege o patrimônio famil iar.57

Há como pensar em sentido contrário, porém.

I que, como não há registro da existência ela união estável, e embora a publicidade da relação seja um requisito para a configuração desta entidade famil iar, realmente torna-se difícil ao terceiro proteger-se de eventuais prejuízos, não se podendo aplicar o regime 56. LÔBO. Paulo. Código Civil Co111e111ado. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 258.

57. "Por fim. reputo imperioso reservar o mesmo regime do an. 10 do Código de Processo Civil para as situações em que há união estável, sob pena de violar o comando do arl. 226, § 3°, da Constituição Federal.

Evidentemente que a existência deste regime pode demandar a necessidade de prova a cargo do interessado.

O que releva. no entalllo, é que. naqueles casos cm que se sabe da exis1€ncia da união estável, deverão os companheiros ser citados como lttisconsortcs, observando as regras aqui estudadas". (BUENO, Cassio Scarpinclla. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42). Também neste sentido. reconhecendo as "consideráveis dificuldades para se apurar a existência deste tipo de relação informar·. ASSIS, Araken de. ··suprimento da incapacidade processual e da incapacidade pos1ula1ória··.

Do11tri11a e prótica do processo cil'il co111e111porâ11eo. São Paulo: RT. 200 1 , p. 126.

ÜS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

processual especial aos companheiros.58 O problema aumenta de tamanho quando se percebem as dificuldades de estabelecer, com precisão, os l imites temporais da união estável - desde quando a relação pode ser considerada como jurid icamente tutelada, a exigir a participação do companheiro na prática dos mencionados atos? A segurança jurídica fica sobremodo comprometida. Nesse caso, assegura-se ao companheiro(a) prejudicado o direito de regresso contra a sua companheira(o).

A questão merece tratamento expresso do legislador. De cara, convém a imediata reforma do inciso l i do art. 282 do CPC, de modo a se tornar obrigatória, na qualificação das partes, a menção à existência de união estável (aliás, como já vêm fazendo os bancos nos contratos de mútuo). A despeito da ausência de regramento expresso, as partes têm o dever de informar, em suas qual ificações, a relação de companheirismo, sob pena de litigância de má-fé.

Os valores em jogo têm status constitucional e merecem a atenção redobrada do intérprete/aplicador. O princípio da proporcionalidade, como é cediço, deve ser observado, como critério de harmonização de conflitos deste porte. Propomos a seguinte interpretação: a) se se trata de união estável notória, a participação do companheiro, ao que parece, deve ser exigida, i mpondo-se a sua intimação; b) se, embora não sendo notória, for alegada nos autos, convém que também se providencie a integração do ato com a intimação do companheiro faltante; c) se não houver notoriedade nem menção nos autos, após o trânsito em julgado caberá ao companheiro preterido apenas a pretensão regressiva contra o seu companheiro, não sendo possível cogitar de qualquer caso de rescindibilidade da sentença. A solução, porém, não pode ser alcançada em um juízo abstrato (em tese); cabe ao magistrado, à luz do caso concreto, diante das suas particularidades, valendo-se da técnica da proporcionalidade, encontrar a solução adequada.

8.2.5. O controle da ilegitimidade processual do cônjuge

Há uma d i fícil questão que merece análise especial: pode o magistrado controlar ex officio, ou por provocação do réu, a ilegitimidade processual do cônjuge, que demandou sem o consentimento do outro, ou esse controle somente pode ser feito a partir da provocação do cônjuge preterido? Pode o magistrado indeferir a petição inicial por falta de comprovação da outorga? Diante da regra segundo a qual cabe ao magistrado o controle dos pressupostos processuais (art. 267, § 3°, CPC), não haveria maiores dúvidas quanto à possibilidade de o juiz controlar também a capacidade processual dos cônjuges.

Sucede que, por força do art. 1.649 do CC-2002, somente o cônjuge preterido tem legitimidade para pleitear a invalidação do ato praticado sem o seu consentimento.59 Não 58. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Jmerpretado. cil., p. 7 1 ; TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Cclina Bodin de (coarei.). Código Civil interpretado COl!forme a Co11stit11içcia da República. Rio de Janeiro:

Renovar, 2004, v. 1 , p. 455-456.

59. Art. 1 .649 do CC-2002: "A falta de autorização, nilo suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1 .647), tornará anulável o ato praticado. podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal".

285

pode o magistrado invalidar a demanda sem que o cônjuge preterido o provoque - e isso mesmo se o réu apontar a falta de comprovação do consentimento.60

Essa situação, contudo, deixaria o processo permanentemente instável, pois a qualquer tempo poderia comparecer o cônjuge preterido, solicitando a invalidação dos atos praticados; ou, caso não comparecesse ao longo do processo, o que é ainda mais grave, poderia ajuizar ação rescisória da sentença por violação aos textos legais mencionados.

O réu ficaria submetido a situação bastante desigual, pois a sua vitória ficaria na dependência de o cônjuge preterido ficar em silêncio.

Há, pois, um conflito a ser resolvido: de um lado, a regra material que restringe a legitimidade para arguir a inval idade, de outro, a utilidade do exercício da função jurisdicional, que sempre deve ser protegida (existindo, para isso, o poder geral de cautela do art. 798 do CPC).

A solução que mais bem compat ibil iza os dispositivos é a seguinte: deve o magistrado, de ofício ou a requerimento, determinar ao autor que traga a comprovação do consentimento; se não a trouxer, deve o magistrado, valendo-se do poder geral de cautela e observando o seu dever ele velar pela igualdade processual (art. 1 25, 1, CPC), determinar a intimação do cônjuge preterido, que poderá (a) se calar, quando se presumirá o consenti mente, (b) expressamente aprovar os atos já praticados, dando o consenti mente para o prosseguimento do processo, (c) negar o consentimento, quando então poderá o magistrado não admitir o procedimento, invalidando a demanda por incapacidade processual.

8.2.6. Suprimento judicial do co11se11time11to (art. 11 do CPC e art. 1.648 do CC-2002) O magistrado poderá suprir o consentimento de um dos cônjuges, se houver recusa sem justo motivo ou quando for impossível ao cônjuge concedê-la (art. 1.648 do CC-200261 e art. 1 1 do CPC-73).

Não há como conceituar, em abstrato, o que seja justo motivo. Será no caso concreto, diante das peculiaridades da situação que se lhe apresenta, que o magistrado averiguará a relevância do motivo da recusa do consenti mento.62

A impossibilidade de concessão do consentimento, no entanto, é situação objetiva: toda vez que uru dos cônjuges não puder dar o consentimento, em razão de impossibi-60. Em sen1ido diverso, reconhecendo a possibilidade de controle ex officio da falta de autorização, embora reconheça que a questão é

polêmica, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Cii•il illterprerado, cit., p. 70-7 1 .

6 1 . Art. 1 .6-18 do CC-2002: "Cabe ao juiz, nos casos do anigo antecedente, suprir a outorga, quando u m dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la".

62. Também nesre sentido, SILVA. Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil Comentado. São Pnulo: Saraiva. 2002, p. 1.461. Eis os exemplos de Paulo Lôbo: a) quando se prova que o ato é vantajoso ou necessário para ambos os cônjuges ou para a família; b) quando o ato de liberalidade (fiança, aval e doação) não leva a riscos desarrazoados ao patrimônio familiar (Código Civil Comentado. p. 258).

Os "PREssurosros PROCESSUAIS"

!idade física, permanente ou temporária, poderá o magistrado suprir a outorga. É o que pode ocorrer quando um dos cônjuges estiver gravemente enfermo ou desaparecido, ou quando um deles estiver servindo o país em uma guerra.

O art. l l do CPC traz norma semelhante.

O pedido de suprimento judicial da outorga será processado de acordo com as regras da jurisdição voluntária. Adotar-se-á o procedimento regulado nos arts.

1.103- 1 . 1 1 l do CPC-73 O outro cônjuge deverá ser citado, sob pena de nul idade, pois é interessado (art.

.

1.105 do C PC-73). Quando não puder manifestar-se (caso de impossibilidade de concessão da autorização, por exemplo), deverá o magistrado nomear-lhe curador especial, a fim de resguardar os seus interesses (art. 9°, l, do CPC-73, aplicado por analogia). O Ministério Público deverá ser ouvido, necessariamente, também sob pena de nulidade (arts. 84 e 1 . 1 05

do CPC-73). Da decisão que conceder ou negar o pedido, caberá apelação (art. 1 . 1 10 do CPC-73). E m situações de urgência, é possível a concessão de provimento antecipatório, desde que preenchidos os requisitos genéricos previstos no art. 273 do C PC-73.

Cabe ao magistrado (juízo singular) com competência material para as causas de famíl ia o suprimento da autorização marital/uxória prevista neste artigo. Cumpre advertir, porém, que a competência territorial será a do domicílio do cônjuge que se recusa ou está impossibilitado de fornecer o consentimento (aplicação analógica do disposto no art. 94 do CPC-73).63 Esse pedido de suprimento deve ser feito antes do ajuizamento do processo, normalmente; em caso de urgência, é possível o ajuizamento sem o suprimento, pedindo ao magistrado da causa prazo para comprová-lo. Se o magistrado competente para a causa também o for para suprir o consentimento, nada impede que, já na petição inicial, se peça o suprimento da outorga. Neste caso, imprescindível a instauração de um incidente processual, em que seja ouvido o outro cônjuge - quando isso for possível - e o M inistério Público. Esse incidente deve suspender o processo.

8.3. Dívidas solidárias e litisconsórcio necessário entre os cônjuges (incisos II e I I 1

do § 1° do art. 10 do CPC)

Os incisos 11 e III do § 1° do art. 1 0 do CPC64 trazem duas regras que revelam uma desarmonia entre o direito processual e o direito material: impõem o litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges, quando demandados por dívidas solidárias. A solidariedade passiva dos cônjuges, nos casos previstos naqueles incisos, possui um regramento processual diverso daquele previsto para

a generalidade das obrigações solidárias: o credor não pode escolher um dos devedores para demandar, sendo eles casados entre 63. Diante da igualdade dos cônjuges prevista constitucionalmente, não se deve mais aplicar a regra do art. 1 00, 1, do CPC-73, que poderia ser usada como parâmetro para a analogia, que prestigia o foro do domicílio da esposa para as causas que disserem respeito ao casamento.

64. Art. 1 O, incisos li e 111, cio CPC: "li - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles; 111 - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução lenha de recair sobre o produto do lrabaU10 da mulher ou os seus bens reservados ... "

si - retira-se, aqui, o benefício do art. 275 do CC-2002.65 O CPC impõe o litisconsórcio necessário sem norma de direito material que dê qualquer indicação nesse sentido.

Eis as hipóteses.

Pri meiramente, o inciso l i impõe o litisconsórcio quando se tratar de demanda resultante de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados

por eles. São h ipóteses de causas de responsabilidade civil . O art. 942 do CC-2002 prevê a responsabilidade solidária de todos os co-autores da ofensa.66 Há solidariedade passiva por força de lei (art. 265 do CC-2002), mas o fato de os co-autores serem casados entre si redefine o regime jurídico processual dessa obrigação solidária, retirando do credor o beneficio do art. 275 do CC-2002, impondo o litisconsórcio necessário.67

Agora, o inciso 1 1 1 .

Ao mesmo tempo em que submete o cônjuge à necessidade de consentimento prévio do outro, para a prática de certos atos (art. 1 .647 do CC-2002; art. 10, caput, C PC-73), a legislação cuidou de especificar alguns atos que podem ser praticados sem a vênia conjugal (art. 1 .643 do CC-2002).68 Trata-se de atos relacionados à administração da economia doméstica.

Esta permissão apl ica-se a qualquer regime de bens. Cria-se uma presunção legal iure et de iure de que o cônjuge está, nesses casos, autorizado pelo outro cônjuge a contrair dívidas. "Assim, não pode o outro cônjuge alegar a falta de sua autorização, quando ficarem evidenciadas as despesas de economia doméstica, que ele e os demais membros da família foram destinatários. Não se incluem as despesas suntuárias ou supérfluas, ainda que tendo destino o lar conjugal, pois não se enquadram na economia doméstica cotidiana".69

O art. 1.644 do CC-20027º cria uma regra de solidariedade legal (art. 265 do CC-2002) entre os cônjuges, com relação às dívidas contraídas para os fins de administração da 65. An. 275 do CC-2002: "O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a divida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto".

66. An. 942 do CC-2002: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

67. "Não fossem os autores casados, a responsabilidade solidária tomaria desnecessária a formação do litisconsórcio (CC, art. 942). A existência da sociedade conjugal, todavia, afasta a faculdade de escolha conferida ao credor

pelo legislador material". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lmerpretado, cit., p. 7 1 .)

68. Art. 1 .643 do CC-2002: "Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: [- comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; l i - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir".

69. LÔBO, Paulo, Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. >..'VI, p. 252.

70. Art. 1 .644. "As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges".

economia doméstica. Nos casos de cobrança de tais dívidas, em razão da solidariedade legal e da regra do art. 10, § 1 º, III, CPC-73, exige-se a formação de l itisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, para que se possam atingir os bens de ambos os cônjuges.

Como observa Paulo Lôbo, "essa norma, em conjunto com os arts. 1 .659, IV, e l .664, encerram as h ipóteses nas quais o patrimônio comum responde por dívidas contraídas por um dos cônjuges".71 Embora solidária a dívida, nesses casos os

devedores-cônjuges devem ser demandados conjuntamente, e não isoladamente.

A redação do inciso lJI do § 1 º do art. 10 do CPC precisa ser revista: não se restringe mais ao marido a possibilidade de contrair dívidas em nome da fam ília nem se pode mais falar de bem reservado da mulher. Viu-se que ambos são autorizados a contrair as dívidas para a economia doméstica e que ambos respondem por elas solidariamente.

Justificava-se o inciso em razão da possibilidade de a mulher responder, com seus bens, por dívidas contraídas em benefício da família (art. 246, par. ún., do CC-I 916, e art. 3° da Lei Federal n . 4.121/62). Como agora há solidariedade legal, é desta forma que deve ser lido o mencionado dispositivo da legislação processual: a cobrança de dívidas oriundas dos negócios previstos no art. 1 .643 do CC-2002 deve ser dirigida a ambos os cônjuges, em 1 itisconsórcio necessário, se se quiser executar bens de ambos os cônjuges.72 A falta de citação de um deles impede que a sentença lhe possa produzir qualquer efeito, embora possa ser executada em face do cônjuge já citado (o caso aqui é de litisconsórcio necessário simples).

9. O CURADOR ESPECIAL

A i ncapacidade processual deve ser suprida, em algumas situações (art. 9º do CPC), pela designação de um representante processual ad hoc denominado curador especial.

Para o correto entendimento da integração da capacidade processual nessas h ipóteses, impõem-se esclarecimentos sobre os seguintes pontos: a) hipóteses em que ele deve ser nomeado; b) qual a natmeza jurídica do curador especial; c) a razão de ser do instituto; d) quais os limites temporais da sua atuação; e) de que poderes está investido o curador especial; f) quem pode ser curador especial.

a) Nos casos em que houver réu-revel citado fictamente (por edital ou por citação com hora certa), réu preso, parte incapaz cujos interesses se choquem com os do representante legal ou que não o tenha, deve o juiz nomear, até mesmo ex officio,13 um curador especial para proteger e resguardar seus i nteresses (art. 9º, I e II, do CPC-73). Há situações em que há incapacidade processual, a despeito da existência de capacidade de direito 7 1 . LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado, p.252.

72. Em sentido diverso, para quem, nos casos de dívida contraída pela mulher,

com base nos arts. 1 .643 e 1 .644 do CC-2002, tendo em vista a Lnexistência de previsão de litisconsórcio necessário, é desnecessária a citação do marido na demanda proposta contra a devedora, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lnletpretado, p. 72.

73. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processa Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 1 , p. 259.

289

material. A autonomia da relação jurídica processual autoriza que se identifique alguém com incapacidade apenas para a prática de atos processuais.

Primeiro, o inciso I do art. 9º do CPC. Nomeia-se o curador especial para a parte incapaz (incapacidade absoluta ou relativa) civil: quer porque não possui representante, quer porque está em litígio com ele. A nomeação de curador especial não supre a incapacidade material; o representante é designado para o suprimento da incapacidade processual. Convém advertir que a nomeação do curador especial, nessas causas, não dispensa a intervenção do M i nistério Público como fiscal da lei, fundada no inciso l do art. 82 do CPC-73. Se houver incapazes em ambos os polos da relação processual, impõe-se a nomeação do curador especial para ambas as partes.74 A nomeação de curador especial para o incapaz também deve ser aplicada às pessoas jurídicas e aos entes formais, quando o órgão que a presente ou a pessoa que a represente não puder praticar os atos processuais necessários à sua defesa.75

Nos casos do inciso II, o curador vem representar em juízo sujeito capaz material mente, mas incapaz processualmente. Trata-se de incapacidade puramente processual. O que justifica a curatela especial é a ausência física do réu, seja porque revel após citação ficta, seja porque está preso; reputa-se que, em ambas as situações, se encontra o demandado em posição de fragi lidade para defender-se emjuízo.76 A nomeação de curador especial é uma técnica para equilibrar o direito de ação e o direito de defesa.77

A nomeação do curador especial para o réu-revel citado fictamente "deve-se à incerteza quanto a ter o ato atingido seu escopo".78 Neste caso, haverá revelia sem efeitos da revelia, pois o réu-revel será defendido pelo representante designado pelo juiz - trata-se de mais uma hipótese, além daquelas previstas no art. 320 do CPC, em que não se produz a confissão ficta, a despeito da contumácia do réu.79 Se o réu-revel comparecer, a presença do curador especial torna-se desnecessária, cessando a sua atuação. Se a revelia decorreu de citação inválida, a atuação do curador especial não tem aptidão de corrigir o defeito,80 que poderá ser arguido por querela nullitatis (arts. 475-L, T, e 741, I, CPC).

74. ALVIM, José Manoel Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 43.

75. ROCCO, Ugo. Tratado di Dirillo Procesuale Civile. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinense, 1957, v. 2, p. 1 3 1 . O art. 78 do Código de Processo Civil italiano cogita a nomeação de curador especial às associações não reconhecidas.

76. Ovídio Baptista tem visão wn pouco diversa, não considerando ser caso de incapacidade: "Nas hipóteses do inc. li do art. 9°, o juiz não supre a incapacidade do réu preso ou do revel, mas apenas sua ocasional impossibilidade de fazerem-se representar no processo. Eles poderão ser incapazes, não todavia por estarem presos ou tomarem-se revéis". (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 1 , p. 85.) 77. MARTNONI, Luiz Guilhem1e. Noms linhas do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 999, p. 248.

78. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lnte1pretado, cit. p. 65. Assim, com amplas referências, FARIAS, Cristiano Chaves de. "A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictarnente (garantia do contraditório)". Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 1 9, p. 32-37.

79. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99. Enunciado n. 1 7 do V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Não se aplica o efeito da revelia, disposto no art. 3 1 9 do CPC, ao revel que tenha sido citado por edital ou por hora certa".

80. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, cit., p. 291-292.



ÜS "PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS"

No caso do réu-preso, o CPC-73 dispensa a revelia para que se nomeie o curador especial, inovando em relação ao CPC-39 (art. 80, § 1 º, "b").81 Assim, de acordo com a letra da lei, mesmo que o réu-preso constitua advogado, impõe-se a nomeação do curador especial.82 É discutível, atualmente, a permanência de regra semelhante (tratamento diferenciado do réu-preso), ainda mais quando se tem notícia de que réus-presos, em certos presídios, têm mais facilidade de

defesa e acesso a informações do que muita gente solta.83 Parece que a incapacidade processual do réu-preso deve ser averiguada in concreto, não se j ustificando a existência de uma presunção legal absoluta de sua fragi-1 idade; diante de réu-preso que constituiu advogado, apresentou defesa e vem participando ativamente do processo, nã.o se justifica o reconhecimento dessa incapacidade processual.84

b) O curador especial é representante judicial, e não material,85 pois sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação.

Trata-se de um representante nomeado ad hoc pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante a causa, e somente durante ela (vide art.

9°, CPC-73). Daí a denominação curador à lide. "O curador à lide, que se nomeia ao processualmente incapaz, representa-o, ou o assiste, até que ingresse o representante legal".86 Como se trata de meio de integração de capacidade processual por imposição 8 1 . "§ 1° Nas comarcas onde não houver representante judicial de incapazes, ou de ausentes, o juiz dará curador à lide: (...) b) ao prêso e ao citado por edital, ou com hora certa, quando revéis".

82. Neste sentido, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória"

Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001, p. 1 34; ALVIM, José Manoel Arruda. Manual de Direiro Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 5 1 ; M I RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111círios ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio ele Janeiro: Forense, 1 997, t. 1 , p . 260-2 6 1 .

83. "Realmente, s e o preso contestou a ação, sem reclamar ao juiz qualquer dificuldade para defesa el e seu direito, não se vê justificativa para se lhe dar curador especial. A finalidade deste é permitir ampla atuação ela parte do processo. Se o preso não alega dificuldades decorrentes de sua sinração e que prejudiquem a sua defesa, não se vê motivo para a nomeação do curador, a qual, em certos casos, lhe poderá até ser onerosa". (BARBl, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio ele Janeiro: Forense, 1995, v. l , p. 73.) 84. "A nomeação somente deverá ocorTer se o réu não contestar ou

alegar dificuldades para defender-se no processo".

(NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislaçcio processual civil extravagante. 8 ecl. São Paulo: RT, 2004, p. 4 1 1). Pontes de Miranda, que adota a concepção ele que a nomeação do curador especial ao réu-preso independe ela sua revelia, obtempera: "Portanto, o preso tem, hoje, curador especial, seja revcl ou não. A prisão apenas cria dificuldades. Se o preso constitui aclvogaclo, argumentar-se-á que não precisa de proteção de que rrata o art. 9°. Não se fez incapaz, nem se equiparou a incapaz, razão para que, de iure condene/o, não se tivesse de riscar a referência à revelia, que estava no Código ele 1939. Mas, de iure condito, não podemos afastar o texto vigente, e talvez a ratio legis tenha sido estar o preso sob pressão para outorga ele poderes ao advogado, ou a alguém a quem conferia o poder de nomeação". (Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ecl. Rio ele Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 261).

85. Araken de Assis defende que, cm casos de incapacidade absoluta ou relativa, o magistrado eleve partir para a solução logo no âmbito cio direito material, asseverando que, "dotado o juiz da demanda ele competência em raziio ela matéria, proverá ele modo permanente, comprornissando tutor ou curador para o incapaz, e, assim, cortando o problema pela raiz. Esta providência é útil e proveitosa inclusive fora do processo". ("Suprimento da incapaciclacle processual e da incapacidade postulntória", p. 133) .José Augusto Delgado detende que, se o juízo não for competente para nomear o curador definitivo, deverá ser ordenado que se proceda a essa norneação no juízo competente. ("Sujeitos cio processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1983, n. 30, p. 92.).

86. M JRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes ele. Co111e111círios ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 1, p. 246. Assim, tarnbém, SILVA, Ovídio Baptista da. Comenlários ao Código de Processo Civil. São Pau lo: RT, 2000, v. 1 , p. 85.

legal, a falta de designação do curador especial, nestes casos, implica nulidade do procedimento desde então.

É importante observar, como fez Calmou de Passos, que o exercício da curatela especial é um múnus, do qual deve desincumbir-se o curador, sob pena de responsabilidade funcional - basta lembrar que a função é normalmente exercida por agente público, quer o defensor público, de regra, quer o membro do M i nistério Público. O magistrado poderá, inclusive, designar outro curador

especial, para substituir o primeiro que se comportar de maneira negligente.87

c) Essa representação processual do curador à lide visa regularizar a relação jurídica processual: i) Integrando a capacidade processual de incapaz que não tenha representante ou cujos interesses estejam em choque com os do seu representante; ii) Garantindo a paridade de armas e equilibrando o contraditório, quando atua na defesa do demandado, nas hipóteses do inciso I I do art. 9º, que são incapazes processuais.

d) A curatela especial é sempre temporária: no máximo, durará até o trânsito em julgado da decisão final. Contudo é possível que, ao longo da litispendência, não seja mais necessária a i ntegração da capacidade, em razão de fato superveniente que torne a parte capaz: cessação ela incapacidade, nomeação do representante legal, aparecimento do réu revel, libertação cio réu preso etc.

e) O curador especial não é parte no processo, nem mesmo quando apresenta embargos à execução (enunciado 196 da súmula do STJ),88 ajuíza ação cautelar ou impetra mandado de segurança contra ato judicial;89 parte é o representado, cuja incapacidade foi regularizada com a nomeação cio curador especial. Trata-se de representante processual.90

Suas funções são basicamente defensivas.91 Não se lhe permite a propositura de reconvenção ou ação declaratória incidental, que não possuem função defensiva.92 Nem 87. Comemários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 380.

88. Corretamente, BERNARD!, Lígia \faria. O curador especial 110 Código de Processo Civil, cit., p. 8; STJ, 4 T., RMS n. 1 .768/RJ, j. 23.03. 1993, publicado no DJ de 1 9.04.1993, rei. Min. Athos Carneiro. ConLra, entendendo que o curador especial é substituto processual, GR.ECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 4 1 .

89. Poderes que lhe são conferidos, visto que, sem a possibilidade de praticar tais atos processuais, a defesa do curatelado ficaria deveras prejudicada. Ver, com razão, ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulalória". Do111rina e prática do processo civil comemporâneo. São Paulo: RT, 2001, p. 1 3 1 . Também assim, STJ, 4 T., RMS n. 1 .768/RJ, j. 23.03.1993, publicado no DJ de 19.04.1993, rei. Min. Alhos Carnelfo, em que se reconheceu a possibilidade de manejo também de ações

cautelares e de denunciação da lide.

90. Em sentido diverso, para quem "o curador à lide não é pane, nem representa. É órgão protectivo". (MI

RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, L 1, p. 263.)

9 1 . ASSIS, Araken de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". Do111rina e prática do processo civil co111e111porâ11eu. São Paulo: RT, 200 1 , p. 1 3 1 .

92. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lnte1pretaclo, cit. p . 67. Contra, entendendo possível o ajuizamento de reconvenção, ASSIS, Araken ele. "Suprimento da incapacidade processual e da

mesmo a denunciação da lide nos casos de evicção (art. 456 do CC-2002; art. 70, 1 , CPC) é permitida, quando então não haverá para o réu qualquer comprometimento ao seu direito de regresso.93 Tendo em vista que o chamamento ao processo não é exercício do direito de ação (ver polêmica em torno do assunto no capítulo sobre intervenção de terceiro), mas simples convocação para formação de litisconsórcio passivo, pode o curador especial promovê-lo.94

Está autorizado a, tendo em vista o d isposto no parágrafo único do art. 302 do CPC, formular defesa genérica: não tem o ônus da impugnação especificada dos fatos trazidos no instrumento da demanda exatamente por não ter, a princípio, contato com a parte.

Não está autorizado, porém, a dispor do direito material discutido: transigir, renunciar ou reconhecer a procedência do pedido.95

Não pode o autor desistir da demanda (art. 267, V I II, CPC) sem que o consinta o curador especial, mesmo nos casos de revelia decorrente de citação por edital ou por hora certa: a defesa apresentada pelo curador faz o réu presente em juízo, razão pela qual é imprescindível o consentimento do curador especial à proposta de revogação da demanda feita pelo autor (art. 267, § 4°, CPC).

f) Na letra do parágrafo único do art. 9º do Código de Processo civil, "nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes a este competirá a função de curador especial". A representação judicial de incapazes era considerada basicamente uma tarefa do M i n istério Público, na forma do § 1° do art. 80 do C PC/39.96 Sucede que, com a Constituição Federal de 1988, fica difícil conceber a possibilidade de o Ministério Público atuar corno representante judicial de incapazes.97

A despeito disso, lei posterior regulou a matéria - "e a perplexidade doutrinária perdeu seu significado".98 O art. 4°, XVI, da Lei Complementar n. 80/94 atribuiu, expres-incapacidade postulatória". Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. cit., p. 1 3 1 ; BERNARD!, Lígia Maria. O curador especial no Código de Processo Civil, cil., p. 29, que confere amplos poderes ao curador especial.

93. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil lnte1pretado, cil. p. 67.

94. BEDAQUE, José Roberto cios Santos. Código de Processo Civil lnte1pretado, cit. p. 67. Arruda Alvim não admite a possibilidade ele reconvenção e denunciação ela lide, mas reconhece a possibilidade ele o curador especial interpor embargos de terceiro, que também é uma demanda, nomear à autoria, chamar ao processo e, no caso ele evicção, denunciar a lide (ALVIM, José Manoel Arruda. Manual de Direito Processual Civil.

8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 45).

95. Amplamente, FARIAS, Cristiano Chaves ele. "A atividade processual cio curador especial e a defesa do revel citado netamente (garantia cio contraditório)", cit., p. 34-37.

96. Antônio Cláudio da Costa Machado afirma que "interpretando histórica, lógica e sistematicamente o art. 9°

do Código de Processo Civil, concluímos que o 'representante judicial de incapazes e ausentes', previsto pelo seu parágrafo único, é órgão do Ministério Público. É lei federal, portanto, que atribui ao Parque! a curatela especial, de sorte que nenhuma lei estadual pode dar a outro ente essa função, sob pena de violar norma da Constituição que expressamente veda aos Estados legislar sobre direito processual". (A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1 998, p. 143- 1 44).

97. Assim, por exemplo, NERY Jr., Nelson. Código civil anotado e legislação extravagante. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 772.

98. BERNARDI, Lígia Maria. O curador especial no Código de Processo Civil, cit., p. 35.

sarnente, as funções da curatela especial à Defensoria Pública. Somente se não houver Defensoria Pública na local idade - e abstraída a questão constitucional já levantada -, deverá o juiz atribuir o múnus ao órgão do Ministério Público ou a "qualquer advogado, ex ofjicio ou a requerimento da parte ou do Min istério Públ ico",99 ou, a inda, a qualquer pessoa capazwo e alfabetizada. w1 "\lomeada pessoa capaz que não seja advogado, deverá o curador especial constituir advogado para regularizar a capacidade postulatória - razão mais do que bastante para justificar a recomendação de que o magistrado deve designar alguém que,

além de poder representar processual, possa também suprir a capacidade posttilatória.102 Nomeado um advogado para o exercício do múnus, nada impede que ele substabeleça as tarefas de advogado a outro causídico; não poderá, porém, delegar a função de representação cio incapaz processual, que é indelegável, porquanto função pública. Não se pode confundir as funções do advogado, representante que supre a incapacidade postulatória, com as do curador especial, que supre a incapacidade processual, embora possam ser exercidas pela mesma pessoa.103

É possível que ocorra a situação de o Ministério Público ter de funcionar como curador especial - nomeado ex vi do art. 9°, li, CPC, em caso de réu-revel citado por edital ou hora certa - e como fiscal da lei. Nesta circunstância, dois órgãos ministeriais devem atuar no feito, um para o exercício de cada função, eis que "a atividade imparcial do fiscal da lei é inconcil iável com a do curador ad fitem, que fala por uma parte".1º4

Essa situação, no entanto, dificilmente ocorrerá, tendo em vista a regra que atribui à Defensoria Pública o multicitado múnus.

99. ASSIS, Arakcn de. "Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória". Do111ri11a e prática do processo civil contemporáneo. São Paulo: RT, 200 1 , p. 132-133. Também assim, MACHADO.

Antônio Cláudio da Costa. A i111erre11çào do Ministério Público 110 processo civil. p. 1 46.

1 00. Contra, entendendo que somente bacharel em direito pode ser curador especial, ALVIM, José Manoel Armda. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 47.

1 O 1 . MIRANDA, Francisco Cavalcanu Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, l. 1, p. 257.

102. Assim, BEDAQUE, .José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado, cit. p. 65.

103. "Surgem os problemas de ser curador especial pessoa que é advogado e de não o ser. No primeiro caso. o curador especial funciona como curador especial e como advogado; no segundo, tem de contratar advogado para que o represenle.

As circunstâncias mais frequentes mostram que o juiz deve nomear curador especial quem é advogado; e. g .. curador especial teria de se pôr a par de negócios do curatelado e providenciar quanto a honorários advocatfcios e outras providências relativas ao processo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comemârios ao Código de Processo Civil, l. 1 , cit.. p. 255). Cumpre advertir que.

atualmente, a função da curatcla especial cabe ao defensor público.

1 04. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil. 7 cd. Rio de Janeiro: Forense.

1 995, v. 8, l. 3, p. 520. Também assim, ALVIM, José Manoel Arruda. Ma1111al de Direito Processual Civil.

8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 49. Sobre a controvertida questão da intervenção de mais de um órgão ministerial. com bastante proveito. Antônio Cláudio da Costa Machado. J111en·e11çcio do Ministério Público 110 Processo Civil Brasileiro, p. 570-57 5.

CAPITULO VIII

TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS

PROCESSUAIS - PLANO DA EXISTÊNCIA

Sumário • 1 . Nota explicativa - 2. Ato e procedimento - 3. Classificação dos fatos processuais em sentido amplo 4

-

. Conceito de alo processual - 5. Ato ilícito processual.

1 . NOTA EXPUCATIVA

Há inúmeras maneiras de classificar os fatos jurídicos. Há, por consequência, também um sem-número de classificações dos fatos jurídicos processuais. Todas muito boas e úteis.

Há, por exemplo, as conhecidas classificações de Carnelutti 1 e Goldschmidt2. Não se cuidará delas neste momento. A proposta deste Curso é outra: não se fará um inventário das principais classificações existentes, embora se trate de empresa doutrinária louvável.

O objetivo é apresentar uma classificação que seja útil na compreensão panorâmica do processo e ajude na aplicação do sistema de invalidades processuais.

Os fatos jurídicos processuais serão, neste momento, classificados de acordo com o seu suporte fático: fatos humanos e não humanos, voluntários ou não vol untários, lícitos ou ilícitos. Segue-se, como se verá, a proposta de Pontes de M i randa, desenvolvida no seu célebre Tratado de Direito Privado, e difundida com maestria por Marcos Bernardes de Mello.

Há outras classificações importantes dos fatos processuais.

É o caso, por exemplo, daquela que procura sistematizar os pronunciamentos judiciais, objeto de considerações mais delongadas no estudo da decisão judicial (v. 2 do Curso, para onde remetemos o leitor) e relevante para o estudo do cabimento dos recursos.

Também pode ser citada a divisão que se faz doutrinariamente das condutas das partes em determinantes e alternativas, examinada mais à frente neste Curso, no capítulo dedicado ao litisconsórcio, muito útil na análise das diferenças entre litisconsórcio simples e l itisconsórcio unitário.

Explicada a proposta do curso, é possível ir adiante.

1 . CARNELUTII, Francesco. Sistema de direito processual civil. Hiltomar Mar1ins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2.

2. GOLDSCHM 1 DT, James. Princípios ge11erales dei proceso. Buenos Aires: EJEA, 1 96 1 , t. 1 .

295



FREDIE DmrER JR.

2. ATO E PROCEDIMENTO

O processo é um conjunto de atos teleologicamente organizados para a prática de

um ato final (decisão): trata-se de lição velha e conhecida. Normalmente, são esses atos que compõem o processo aqueles designados como atos processuais.

O processo é, também e inegavelmente, procedimento. O procedimento é um ato-complexo. Trata-se de ato jurídico "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fun"3• Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo4•5.

O estudo do ato processual não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo procedimento, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, conjunto de atos que pode ser estudado como unidade, assim como há cada um dos atos do procedimento (petição inicial, citação, contestação etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente.

É possível estudar o comportamento de um cardume ou de um peixe. É possível estudar o processo como unidade ou cada urna das unidades que compõem o processo. Essa constatação é bem relevante para o estudo das invalidades processuais, conforme será visto em capítulo próprio.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PROCESSUAIS EM SENTIDO AMPLO

No processo, é possível a ocorrência de qualquer um dos fatos jurídicos6.

Há os fatos jurídicos processuais em sentido estrito (fatos jurídicos não-humanos), como a força maior (art. 265, V, CPC), a morte (art. 43, CPC)7, o parentesco8 (art. 1 34, 3. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico - plano da eristência. l O' ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.

4. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os "tipos complexos": "Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação

concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo.

No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento". (ob. cit., p. 83.)

5. Paula Costa e Silva firma posicionamento diverso. Enquadra o processo como acro-procedimento, categoria que, aos seus olhos, distingue-se do acto-complexo (STLYA, Paula Costa e. Acto e Processo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 100-123). Mas não deixa de reconhecer o processo corno conjunto de atos agregados que preparam um ato final - que, para a autora, seria sempre uma sentença que compõe litígio.

6. Adota-se, aqui, a classificação dos fatos jurídicos sugerida por MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico -plano da eristência. 1 O' ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

7. Em sentido contrário, para quem há apenas "mero fato jurídico processualizado"', MITTDIERO, Daniel.

Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória .Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 1 3 .

8. COUTURE, Eduardo. F11nda111e111os do Direito Processual Civil. Campinas: Red Livros, 1999, p . 1 1 O.

IV), a confusão (art. 267, X, CPC) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções (art. 1 82, par. ún, CPC) 9.

CALMON DE PASSOS não admite a existência dos chamados/atos jurídicos processuais, sob o fundamento de que "no processo, somente atos são possíveis. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade,

não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais" 10•

Veja, porém, que a própria sentença é encarada, em certas hipóteses, e por alguns autores, como fato juridico11: no que diz respeito aos chamados efeitos anexos (ex.: hipoteca judiciária, art. 466 do CPC) da decisão, a sentença seria tratada pelo ordenamento j urídico como um fato e não como um ato. O tema é desenvolvido com mais vagar no v. 2 deste Curso.

Há os atos jurídicos em sentido estrito, que são a maioria, como a citação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, a intimação etc.

Há atos-fatos processuais -atos reconhecidos pelo D irei to como fatos, sendo, portanto, absolutamente irrelevante a discussão sobre a existência de vontade e sobre o seu conteúdo.

Há diversos exemplos: a) atos-fatos reais: adiantamento de custas e do preparo (art. 5 1 1

do CPC)12; b) atos-fatos caducificantes: 13 a revelia (art. 3 1 9 do CPC) e a admissão (art.

302, CPC) - em verdade, qualquer perda de prazo serve como exemplo14; c) atos-fatos indenizativos: 15 a execução provisória que causou prej uízo ao executado, com superveniente reforma/anulação do título (art. 475-0, CPC), a efetivação da antecipação da futela 9. Neste sentido, Paula Sarno Braga, que acrescenta o "avançar da idade", pois um sujeito ao alcançar sessenta anos tem direito a uma tramitação prioritária e ao chegar à maioridade passa a ter capacidade processual (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência". Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148, p. 3 1 O).

1 O. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65.

1 1 . CALAMANDREI, Piero. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". Opere giuridiche - a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano Editore, 1 965,

v. 1 .

12. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, cit., p. 68; MITTDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 14; BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 312.

13. "O suporte fáctico do falo jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de um determinado lapso de tempo (=fato) + inação do titular do direito (=ato). Se houve ou não vontade quanto à omissão é dado, absolutamente, irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato". (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico, cit., p. J 1 8.) 14. Nesse sentido, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 3 12. Em sentido contrário, considerando as omissões das partes como fatos jurídicos processuais em sentido estrito, M!TIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 13; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil.

São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, p. 47 1 -472.

15. "Embora não contrário a direito, o ato é considerado, numa visão mais rente à realidade, em seus efeitos fácticos, representados pelos danos causados à esfera jurídica alheia. (...) Nessa espécie, o suporte fáctico suficiente é composto, apenas, por dois elementos: ato não contrário a direito + dano a patrimônio alheio 297

e a medida cautelar, que tenha causado prejuízo ao requerido, dês que supervenientemente revogadas (art. 273, § 3°, e art. 8 1 1 , ambos do CPC).

É possível, também, falar em negócios jurídicos processuais, como a renúncia ao prazo (art. 1 86 do CPC), a convenção processual de dilação de prazo não-peremptório (art. 1 82, CPC), o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro (art. 1 1 1 do CPC)16, o acordo para a suspensão do processo (art. 265, l l , e art. 792, CPC), o acordo tácito de que a causa tramite

em juízo relativamente incompetente (art.

1 1 4 do CPC), o adiamento negociado da audiência (art. 453, I, CPC), a desistência do recurso etc.

Note que é possível visualizar no processo tanto negócios unilaterais (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a desistência e a renúncia, quanto negócios bilaterais (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da eleição negocia/ do foro e suspensão convenciona/ do andamento do processo. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a renúncia é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada17, não atribuir a mesma natureza jurídica à renúncia do direito de recorrer, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitiJ.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual18 de escolha do procedimento a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos: mandado de segurança ou procedimento ordinário, Juizados Especiais ou procedimento sumário etc.

Os negócios jurídicos bilaterais costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem para um interesse comum 19. Não se nega a possibilidade teórica de u m (=fato-danoso). A vontade n a prática do ato é, absolutamente, irrelevante para a incidência da norma jurídica e, portanto, para a constituição do fato jurídico." (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico, cit., p. 1 1 5).

16. Vislumbra-os, com exemplos, SILVA, Paula Costa e. Acto e P1vcesso, cit., p. 1 72 ss. Paula Sarno Braga admite, ainda, a existência de negócios processuais plurilaterais -com vontades distintas, advindas de mais de dois lados, que convergem para um fim comum -, como uma suspensão convencional firmada entre opostos e opoente ou uma cláusula compromissária aposta em contrato social que deu fim à processo instaurado por um dos sócios (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 3 1 4).

1 7. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. introdução ao Direito Civil. 1

7" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.

1 8. Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o ac/o postulativo do ato negocial. Detende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte "quer" do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo, cit., p. 3 1 8 ss.).

1 9. Por exemplo, GOMES, Orlando. introdução ao Direi/o Civil. 17" ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297

e segs.; BETTl, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Fernando de Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

contrato processuaf2°, mas é certo que são mais abundantes os exemplos de acordos ou convenções processuais21 •

Há negócios jurídicos processuais que precisam ser homologados pelo juiz, corno é o caso da desistência do processo (art. 1 58, par. ún., CPC), outros não precisam desta chancela, corno o negócio tácito sobre a modificação da competência relativa ou a desistência do recurso22• A necessidade de

homologação judicial não descaracteriza o ato como negócio23, assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de divórcio consensual em que há filhos menores, apenas porque ele se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não descaracteriza o ato como negócio24. Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de um enunciado normativo sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é limitada25.

O relevante para caracterizar um ato corno negócio jurídico é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regrarnento jurídico para uma determinada situação.

Há quem não admita a existência de negócios juridicos processuais. Note que os argumentos contrários à existência foram rebatidos ao longo da exposição.

ENRICO TuLuo LIEBMAN é um dos principais expoentes deste pensamento: "O formalismo, necessário para assegurar o movimento regular e expedito do processo e consequentemente a certeza e precisão dos atos em particular, que se sucedem e sobrepõem uns aos outros, não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito. O cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (entendidas em sentido amplo) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la".26

20. Admitindo, por exemplo, contratos processuais. ECHANDIA, Devis. Teoria General dei Proceso. 3' cd.

Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 380-3 8 1 .

2 1 . Barbosa Moreira j á havia percebido a circunstfü1cia, sugerindo, inclusive, a designação "convenção processual", "de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código, que usa 'convenção' nos arts. 1 1 1 , 1 8 1 , 265, n. 11, 333, parágrafo único, 453, n. J ... " (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das paites sobre matéria processual". Temas de direito processual-terceira série. São Paulo: Saraiva, 1 984, p. 89.) Trata-se de estudo seminal sobre o tema, de leitura obrigatória.

22. MOR El RA, José Carlos Barbosa. Comenrários ao Código de Processo Civil. 1 1' ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005,v. 5, p. 333.

23. Percebeu o ponto, mais uma vez, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções das partes sobre matéria processual", cit., p. 90.

24. "Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Convenções elas partes sobre matéria processual", cit., p. 9 1 .)

25. Com posicionamento semelhante, BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria d o Fato Jurídico Processual", cit., p. 3 1 2 ss.

26. LIEBMAN, Eurico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. Cândido Dinamarco (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1 , p. 226-227.

FREDIE DIDIER JR.

Cândido Dinamarco, seguindo essa linha, defende não existir negócios processuais.

Para o autor, o "processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexiste 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 auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou outro, sem

liberdade para constrnir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados"27.

DANIEL MrnDIERO afirma que "é essencial à categoria conhecida como negócio jurídico, além da bilateralidade volitiva, certo espaço em que seja possível auto

-regramento de vontade no que tange ao resultado da prática do ato. E tal, justamente, não se verifica na relação jurídica processual, uma vez que todos os efeitos possíveis de ocorrência em virtude de atos dos sujeitos do processo já estão norma dos (ou normatizados) pela legislação"28• A lição, como se vê, ignora os negócios unilaterais. A desistência, examinada na obra do autor, embora apenas na hipótese de ter sido apresentada após a defesa do réu (art. 267, § 4°, CPC), não é considerada negócio processual, pois a "única consequência possível é a extinção do processo sem julgamento de mérito"29

Se essa "consequência" é um efeito jurídico sobre o processo, e parece não haver dúvida de que o seja, não está, aqui, então, demonstrada a existência de um negócio jurídico processual? Parece que sim.

Finalmente, existem, ainda, os ilícitos processuais, atos que estão em desconformidade com o Direito, de que são exemplos o ato atentatório ao exercício da jurisdição (arts.

14, V, par. ún., CPC), o emprego de expressões injuriosas (art. 1 5 do CPC), a litigância de má-fé (art. 1 7 do CPC), ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600 do CPC) e o atentado (art. 879 do CPC). À sistematização dos ilícitos processuais se destina item próprio, mais à frente.

4. CONCEITO DE ATO PROCESSUAL

Há muita polêmica em tomo do conceito de "ato processual".

É possível arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o ato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles prat icado poderia ter o qualificativo de processual; c) há também os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo30; 27. DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Pivcessual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v.

2, p.472. Em sentido bem semelhante, ROCHA, José Albuquerque. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242.

28. MITIDTERO, Daniel francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 15-16.

29. MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 16.

30. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.

Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais31-32•

Não é este o local adequado para proceder a um exame crítico e/ou minucioso de todas as concepções doutrinárias a respeito do assunto. É suficiente, neste momento, que se esclareça qual é a noção de ato processual aqui adotada. De todo modo, como se trata de discussão doutrinária, não há concepção certa ou

errada. Adota-se uma formulação teórica que pareça resolver a maior parte dos problemas suscitados.

É preciso partir da seguinte premissa: há os atos processuais e há os atos do processo (melhor: do procedimento), que daqueles são exemplos. O ato do processo é o ato que compõe a cadeia de atos do procedimento; trata-se de ato processual propriamente dito.

Mas há atos processuais que não fazem parte do procedimento, como é o caso da escolha convencional do foro (art. 1 1 1 do CPC). O conceito de ato processual deve abranger não só os atos do procedimento como também os demais atos que interfiram de algum modo no desenvolvimento da relação jurídica processual33•

Pois bem.

O ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado comofattispecie (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento. Não há fato jurídico processual que não se possa relacionar a algum processo (procedimento) existente, mas há fatos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados. Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A "sede " do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual. Nessa acepção, reconhecidamente ampla, são atos processuais a sentença e a autorização do cônjuge (a1i. 1 O, CPC; art. 1 .647, CC-2002), a citação e a transação extrajudicial, a ouvida de uma testemunha e a outorga de uma procuração judicial etc.34

3 1 . É a posição de Calmon de Passos: "Donde conceituar o ato processual como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado". (Esboço de uma teoria das nulidades aplicado às nulidades processuais, cit., p. 43.) Assim, também, MITlDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005, t. 2, p. 14; DINAMARCO, Cândido Rangel. I11stit11ições de Direi/o Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. 2, p. 466-467.

32. Alguns pontos da polêmica expostos por SILVA, Paula Costa e. A cio e Processo, cit., p. 1 7 1 ss.

33. ·'Atos processuais são todos os que constituem a sequência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo - em processo. (...) Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definitivaçào do processo, de desenvolvimento e de terminação ela relação jurídica processual e de terminação do processo são atos processuais". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. 4' ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 3, p. 12.) 34. No mesmo sentido, Paula Sarno Braga, que exemplifica a concepção com a convenção de arbitragem (BRAGA, Paula Sarno. "Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual", cit., p. 3 J 2

e 3 1 3).

FREDIE DIDIER JR.

Alguns atos ingressam no processo por meio da homologação do magistrado, como é o caso da transação (art. 269, 1 1 1 , CPC). A homologação processualiza o ato3s. Note, porém, que a transação pode ocorrer em audiência; neste caso, também, não se pode dizer que a transação é um ato do procedimento, mas parece inegável que se trata de um ato relevante para o processo e, em nosso conceito, um ato processual.

Assim, ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que,

considerado pelo Direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual.

Não há muita utilidade, para o estudo do direito processual, afumar que a eleição do foro, por se tratar de cláusula de um contrato, não é um ato processual, pois não é realizado no processo. Trata-se de ato importantíssimo para o processo, pois define a competência jurisdicional, situação jurídica eminentemente processual, tanto que é estudado pela doutrina processualista.

Toda classificação é uma arrumação do caos de acordo com critérios lógicos e razoáveis, com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos da vida. ão deve ser diferente o propósito quando se estuda o fato processual (em sentido amplo): é preciso identificar e agrupar os fatos que possam ter relevância para o direito processual, pois esses é que compõem o objeto do exce1to da ciência jurídica dedicada ao estudo do processo.

5. ATO I LÍCITO PROCESSUAL

Há no processo também atos ilícitos: condutas que estão em desconformidade com o Direito.

Adota-se, aqui, a classificação dos ilícitos feita por FELIPE BRAGA Nrrro36, que, embora baseada na obra de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, avança um tanto em relação a essas. Os ilícitos podem ser classificados de acordo com os seus efeitos em: indenizativos. caducificantes, invalidantes e autorizantes.

!lícito indenizativo é o ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar. Exemplo mais famoso no direito processual civil é a litigância de má-je (art. 1 7 do CPC), cujas consequências jurídicas estão reguladas no art. 1 8 do mesmo Código: "Art. 1 8 . O juiz ou tribunal, de oficio ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou".

!licito invalidante é a conduta contrária ao Direito cujo efeito jurídico é dar ensejo à invalidação (desfazimento) de um ato jurídico. A invalidação é a sançiio cominada para 35. M I RANDA, Francisco Cavalcami Pontes de. Comemários ao Código de Processo Civil. Atualizaçào Legislativa de Sérgio Bennudes. 4ª ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1 997, l. 3, p. 1 2 .

36. BRAGA NEITO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003.

as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante37, e, portanto, em desconformidade com o direito. O

estudo da ilicitude processual que leva à invalidade do ato ou do procedimento é feito em capítulo próprio deste Curso: "Invalidades processuais".

Ilícito autorizante é a conduta contrária ao Direito que gera para o ofendido ou outro sujeito processual uma situação jurídica ativa que lhe permite praticar um determinado ato. É o caso, por exemplo, da conduta do executado que impede a entrada do oficial de justiça, tentando obstar a penhora, que autoriza o oficial de justiça, mediante ordem judicial, a arrombar portas, móveis e gavetas (660-662 do CPC).

Há, ainda, o ilícito caducificante, que é a conduta contrária ao Direito que tem por consequência a perda de uma situação j urídica ativa por aquele que o praticou. Trata-se de ilícito preclusivo. É o caso, por exemplo, do atentado, que pode resultar na proibição do sujeito de falar nos autos, enquanto não purgar os efeitos do ilícito (art. 88 1 do CPC).

O ilícito caducificante é objeto de item próprio e estudo mais aprofundado no capítulo sobre preclusão, mais à frente.

37. É o que Poates de Miranda chama de "ilícito nulificanle" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de.

Tratado de direito privado, l. 4, cit., p. 144-145).

CAPÍTULO I X

INVALIDADES PROCESSUAIS

Sumário • l. Consideração introdutória- 2. Noções básicas sobre os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos - 3. Sistema de invalidades processuais - regras: 3 . 1 . Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material; 3.2. O alo processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada; 3.3. Os tipos de defeito processual; 3.4. Não há invalidade sem prejuízo; 3.5. Intervenção do M i

nistério Público e invalidade; 3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade; 3.7. Sanabilidade de qualquer defeito processual; 3.8.

Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento; 3.9.

Invalidação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça; 3.1 O. Princípios da proporcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais; 3 . 1 1 . O princípio da boa-fé processual (proibição do venire contrafac111111 proprium); 3. 12. Decisão sobre a invalidade e preclusão - 4. Painel doutrinário.

1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

É preciso fazer um alerta: este capítulo é um pouco diferente dos outros.

Como se sabe, a teoria das invalidades processuais é assunto dos mais dificeis e polêmicos da ciência do processo. O tema é bastante complexo, notadamente para o aluno de graduação em direito (um dos destinatários deste l ivro). O seu exame exige, ainda, uma boa formação acadêmica sobre a teoria do fato jurídico, vista, nos cursos de direito, normalmente em Direito Civil - mas nem sempre de maneira satisfatória. A abordagem que deve ser feita, assim, em certos momentos, pode não revelar interesse prálico ou, em outros casos, pode não ter muita importância na preparação para os concursos públicos (o concursando é outro destinatário deste livro). Sucede que esse curso também é lido por estudiosos do direito, que buscam, por vezes, um respaldo teórico maior, seja para o desenvolvimento das suas pesquisas, seja para a preparação das suas aulas (professores e pós-graduandos também são destinatários deste livro).

Resolvi, então, traçar um roteiro de leitura deste capítulo, que variará confo1me as necessidades do leitor.

Assim, ao graduando em direito, aluno de direito processual civil, recomenda-se a leitura apenas do item 3 deste capítulo. Se o leitor é um concursando, parece-me indispensável a leitura, além do item 3, também do item 4, que foi escrito tendo corno principal destinatário o candidato a urna das carreiras jurídicas públicas. A ambos, graduando e concursando, indica-se a leitura do item 2 apenas se desejarem fazer uma revisão sobre a teoria do fato jurídico ou se quiserem conhecer as premissas teóricas deste autor sobre tal assunto.

Em relação ao estudioso do processo, penso que a leitura de todo o capítulo pode ser interessante, quando menos para discordar dos posicionamentos aqui defendidos.

305

fREDIE ÜJDJER JR.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VAL IDADE E

EFICÁ CIA DOS FATOS JURÍDICOS

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

O plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o plano da eficácia, às situações j urídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica).

O plano da validade é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito), 1 fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não "passam" pelo plano da validade, como são os casos dos/atos ilícitos (não se fala de nulidade do crime), dos atos-fatos (não se cogita da invalidade de uma pintura) e dos fatos jurídicos naturais (infelizmente não se invalida a morte).

A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido.

Se houver o preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do ato (= invalidação, que se refere tanto à decretação cio nulo quanto a anulação): a destruição de um ato j urídico em razão de um seu defeito.2

Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre nulidade e anulabilidade; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes j urídicos distintos (legitimidade para arguir, forma de arguição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: "Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação j urídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença".3

O ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito.

1. Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24; GAGLLANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FlLl-10, Rodolfo.

Novo Curso de Direito Civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1 , p. 337-354.

2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 7J-atado de Direito Privado, t. 4, cit., p. 3.

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Proce5so Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, l. 6, p. 1 4 1 . Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "lnvalidade e ineficácia do negócío jurídico". Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

INVALIDADES PROCESSUAIS

Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 1 70 do CC-2002),4 considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A inval idade é sempre congênita. O

defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A resolução e a revogação, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação.

O ato inválido existe - portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) - e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais.

Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se ex officio ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou ex nunc, (c) se está ou não submetida a prazo de decretação, (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões cuja resposta dependerá do exame do direito positivo, variando conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico.5 A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo ipso iure) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de sanção - portanto decretável , e não declarável. Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades.6

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil ou penal. O ato inválido é o que contém um ato ilícito, 4. Arl. 1 70 do CC-2002: "Se, porém, o negócio juridico nulo conliver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as panes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

5. Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no CC-1916

(ar1. 147, II}, se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Sobre o tema, M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. 4, cit., p. 4.)

6. Arremata Pontes de Miranda: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas ... ". (Tratado de direito privado, t. 4, eit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1 993, p. 76-82; DALL' AGNOL, Antonio Janyr.

Invalidades processuais. Porto Alegre: LEJUR. 1 989, p. 20; ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". Rela1ivizaçcio da coisajulgada-erifoque crítico. Salvador: Edições JUSPODIYM, 2004.

p. 4 1 .

cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante.7

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Inval idação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação é a sanção etc.s Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,9 ato inválido decorre

do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso. 'º

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos: independem do direito positivo que se examina; são noções construídas pela dogmática jurídica. Aplicam-se, portanto, ao direito processual.

É com base nessas premissas teóricas que se examinará, agora, o regramento do direito processual civil brasileiro sobre a invalidação dos atos processuais.

3. SISTEMA D E INVALIDADES PROCESSUACS - REGRAS

3.1. Sistema de invalidades processuais e sistema de invalidades do direito material

O sistema das invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos j urídicos.

O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades. 1 1

A nul idade de u m ato processual o u d o procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de ultima ratio, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito. O magistrado deve sentir um profundo mal-estar quando tiver de invalidar algum ato processual.

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. 4, cit., p. 144-145; GOMES, Orlando. ln1rodução ao Direi/o Civil. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; M ELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do falo jurídico -plano da validade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003, p. 1 04-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. /11eficácia y nulidad de los ac1osj11rídicos. 3°. rcimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 1 60-162, especialmente a nota 9 1 , em que h á amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (Da invalidade no processo civil.

São Paulo: RT, 1 99 1 , p. 1 8 1 , nota 18).

8. ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa.

"Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 226.

9. DALL' AGNOL, Antonio Janyr. !nvalidades processuais, cit., p. 14.

1 O. DALL' AGNOL, Antonio Janyr. /111 a/idades processuais, cit., p. 22.

1 1 . Daí a surpresa de Pontes de Miranda: "O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação". (Come111ários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, l. 3, p. 353).

INVALIDADES PROCESSUAIS

3.2. O ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação. Toda invalidade processual é decretada

O ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da sua invalidade. Não há invalidade processual de pleno direito. Toda invalidade processual precisa ser decretada.

Trata-se de lição aceita com bastante tranquilidade na doutrina nacional.12

3.3. Os tipos de defeito processual

Não há interesse prático na classificação das invalidades processuais. Se toda invalidade processual precisa ser decretada, e somente o será se respeitados os princípios examinados a partir do item seguinte, não há razão para a criação de uma tipologia das invalidades.13 Qualquer teorização a respeito do assunto seria bastante precária, porquanto dependente sempre do direito positivo - seria uma teoria pautada em conceitos jurídico

-positivos. As teorias gerais devem ser construídas a partir de conceitos lógico-jurídicos, aplicáveis a qualquer direito positivo, independentemente de contingências.

A invalidade é sempre uma sançâo, não havendo diferença se foi aplicada ex o.fficio ou por provocação. Só há uma categoria digna de nota: a invalidade processual.

Sucede que há diversas causas de invalidade processual e o regime jurídico de invalidação dos atos/procedimento nem sempre é o mesmo. A distinção que precisa ser feita não é a dos tipos de invalidade. É necessário distinguir os tipos de defeito processual, a partir do regime jurídico de aplicação da sançâo de invalidade, que dele é decorrente.

Alerta-se que é impossível (e pouco útil) fazer uma sistematização exaustiva dos defeitos, tampouco é recomendável listar um número muito grande de exemplos. Como o regime jurídico da invalidação depende de regra do direito positivo, nada impede que, por uma mudança legislativa, um defeito que, antes, gerava uma invalidade sob certos pressupostos, passe a gerar invalidade submetida a um outro e bem diverso regramento.

Premissas estabelecidas, eis a tipologia sugerida.

a) Há defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São defeitos mínimos, chamados por muitos doutrinadores de meras irregularidades. São exemplos: "o advogado 12. Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5 cd. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das 1111/idades aplicada às nulidades processuais, cit., passim; GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades 110 processo, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. /nsti111ições de Direito Processual Civil.

São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil.

São Paulo: RT, 1 99 1 , p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. Come11tários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1 974, v. 8, p. 147; DALL' AGNOL, Antonio Janyr. Invalidades processuais. Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20; MlT!DIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". Revis/a de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 53.

13. Nesta 1 inha, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1 4 1 - 142; MITIDIERO, Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo". /11 Revista de Direi lo Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35. p. 55-56.



realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver procedido à juntada de uma 'sentença', referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória", 1'1 desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. l 67 do CPC) e de utilização de uso de tinta escura e indelével (art. 1 69 do CPC) etc.

b) Há defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada ex officio.

Esses defeitos são raros. São situações em que a fonua do ato processual é estabelecida com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido. A invalidade nesses casos deve ser requerida pela parte prej udicada, e o silêncio no primeiro momento que lhe couber falar nos autos a respeito implicará preclusão, ou por um terceiro (situação rara), como é o caso da invalidade de ato do cônjuge praticado sem consentimento do outro (arts. 1 .649- 1 65015 do CC-2002, c/c art. 1 O do CPC). Um bom exemplo é o desrespeito ao comando do parágrafo único do art. 459 do CPC,16 defeito que gera invalidade que somente pode ser requerida pelo autor, beneficiário da regra ali prevista. 17

Cumpre lembrar que os vícios de vontade nos atos processuais das partes submetem

-se ao regrarnento comum: somente dã.o ensejo à invalidade se houver provocação neste sentido (p. ex.: coação e erro podem invalidar a confissão, art. 352 do CPC c/c o art. 2 1 4

do CC-2002).

c) Há invalidades processuais que podem ser decretadas ex ojficio. Trata-se, normalmente, de invalidades que decorrem de defeitos do procedimento, ausência de "pressupostos processuais" e condições da ação (art. 267, § 3º, CPC). Em tais situações, pendente o processo, não há preclusão do poder de inval idar nem há restrição quanto à legitimidade para suscitá-la, tendo em vista que o magistrado pode nulificar ex officio.

d) Finalmente, há os defeitos que levam a invalidade que pode ser decretada ex officio, mas, não tendo havido impugnação da parte prejudicada, no primeiro momento que cabe a ela falar nos autos, há preclusão. Trata-se do tipo de defeito cuja identificação é a mais difícil. É muito importante, porém, admitir a sua existência, até mesmo para 14. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil ... cit., p. 47. Sobre o tema das meras irregularidades, recomenda-se a leitura de DALL' AGNOL, Antonio Janyr. "Por um conceito de i1Tegularidade processual'". Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Sanea111en10 do processo - Estudos e111 ho111e11agem ao Prof Gale110 Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1 989, p. 83-108.

1 5. "'Art. 1 .649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando

necessária (art. 1 .647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga. sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê

-la, ou por seus herdeiros".

16. "Quando o autor tiver formulado pedido cerlo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

17. Neste sentido, enunciado n. 3 1 8 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça:

"Fonnulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursai em arguir o vício da sentença ilíquida ...

]NVALIDADES PROCESSUAIS

mitigar a regra de que toda inval idade que pode ser decretada ex. ojficio pode sê-lo a qualquer tempo, o que compromete a segurança jurídica e as final idades do processo.

Vejamos três casos: i) O magistrado pode invalidar uma citação ex. ojficio, até mesmo porque se trata de um vício transrescisório, mas, se o réu apresentar a sua resposta, e não se manifestar sobre isso, há preclusão da possibilidade de .invalidação do procedimento por tal motivo, independemente da verificação de

ocorrência do prejuízo; ii) o magistrado pode determinar, de-oficio, a correção da escolha equivocada do procedimento, feita pelo autor, que optou pelo ordinário quando o caso era para o sumário, mas, se o réu apresentar resposta e nada falar a respeito, preclusão; iii) o magistrado pode reconhecer ex. ojficio a sua incompetência em razão da absusividade de uma cláusula de foro de eleição, mas somente pode fazê-lo até a ouvida do réu, sob pena de prorrogação da competência (art.

1 1 2, par. ún., c/c art. 1 1 4 do CPC).

3.4. Não há invalidade sem prejuízo

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief).18 A inval idade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um supo1te fático composto: defeito + prejuízo.

Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua final idade. Em qualquer caso. Sempre - mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, como aquela decorrente da constatação de que uma decisão fora proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 1 1 3, § 2º, CPC), ou as chamadas nulidades absolutas. '9

Há diversos artigos do CPC que vão nesse sentido. Esse fato decorre da preocupação do nosso legislador de evitar nulidades e de lembrar ao magistrado de que, sem prejuízo, não se deve invalidar o ato processual.

O art. 244 consagra o chamado princípio da instrumenta/idade das formas, que é uma variação do quanto aqui se disse: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a final idade".2º

O art. 248, segunda parte, segue essa linha, temperando o princípio da causalidade, logo abaixo examinado: " ... a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes".

1 8 . Teresa Wambier denomina o fenômeno de princ ípio da transcendência (Nulidades do processo e da semença.

5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 179).

19. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrumentalidade do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 990, n. 60, p. 35-36. Em sentido bem próximo, TALAMlNl, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". Revista Dialélica de Direito Processual.

São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 5 1 .

20. N o IX Congresso Mundial d e Direito Processual, realizado e m Po1tugal, c m 1991, proclamou-se que esta é, no plano internacional, a mais bela regra do atual Direito Processual. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.

Código de Processo Civil a1101ado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187).

3 1 1

FREDIE DIDIER JR.

O § 1 º do art. 249 é no mesmo sentido: "O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a pane".

Por fim, mas não menos importante, o art. 250, totalmente dedicado ao tema: "O

erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á

o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa".

3.5. Intervenção do Ministério Público e invalidade

A falta de intervenção do Ministério Público implica nulidade do procedimento, a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado, ex vi do art. 246, caput e parágrafo único, do CPC.21 A participação do Ministério Público, em tais casos, é encarada como

"pressuposto processual" objetivo intrínseco de validade.

O que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; "se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há".22 O problema da não-intervenção, embora tenha havido a intimação, resolve-se nas esferas disciplinar e administrativa.23 Poderá o magistrado, nesta situação, oficiar o Chefe do Ministério Público local para que, se for o caso: i) seja designado outro promotor de justiça para atuar efetivamente no feito; ii) se apL1Ie eventual infração disciplinar. Trata-se de aplicação analógica do quanto d isposto no art.

28 do Código de Processo Penal.2 Acaso o magistrado não aceite a intervenção solicitada pelo membro do Ministério Público, cabe recurso contra esta decisão.

A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidades do processo civil brasileiro. Daí porque se mostra correta a conclusão 42 do VT Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): "A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o M inistério Público não tenha sido intimado em primeiro grau. desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado". Da mesma forma, não se invalida o procedimento, pela falta de intervenção 2 1 . "I nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado'".

22. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Co111emários ao Código de Processo Civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8. t. 3, p. 5 19. Também conforme, NERY JR., elson e N ERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e

legislaç<io extramgante. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 689.

23. FABRÍCIO, Co111e11tários ao Código de Processo Civil. cit., p. 5 1 8.

24. Sobre o assunto, com ampla fundamentação, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1 998, p. 390-393. Código de Processo Penal, art. 28: "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender'".

3 1 2

do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é a causa da intervenção ministerial (art. 82, I, CPC).25

3.6. Princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. O princípio da fungibilidade

Somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo - do mesmo modo que a invalidação deve

restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas.

O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. Eis o princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, que se aplica sempre, pouco importa o grau do defeito do ato/procedimento.26 Os artigos do CPC

mencionados linhas atrás, que consagrariam o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, também servem como fundamento normativo para a aplicação do princípio ora examinado.

O princípio da fungibilidade dos meios processuais é a mani festação doutrinária e jurisprudencial mais clara de aplicação do princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos. De acordo com tal princípio, é possível aproveitar um ato processual, indevidamente praticado, como outro ato (p. ex.: aproveitamento de um recurso pelo outro).

Na verdade, o princ ípio da fungibilidade é a versão processual da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro (art. 1 70 do CC-2002). O princ ípio da fungibilidade diz respeito, inclusive, a qualquer juízo de admissibil idade (juízo e validade do procedimento/ato postulatório), seja relativo ao recurso, seja relativo ao procedimento principal, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina.27 O inciso V do art.

295 do CPC prescreve que o magistrado somente indeferirá a petição inicial por erro na escolha do procedimento se não for possível adaptá-lo. Em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, § 7°, CPC).

Entende-se que o direito processual brasileiro consagra o princípio no enunciado do art.

244 do CPC, já transcrito.

25. Conclusão n. 20 do 1 º Encontro Nacional de Processo Civil, 1 980: "O Ministério Público pode ratificar atos de que não participou e para os quais devia ser intimado, observando o princípio do prejuízo (ait. 246)".

(TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil anotado. 7 ed. São

Paulo: Saraiva, 2003, p.

1 89.) Assim, também, TALAMfNI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 5 1 ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instmmentalidade do processo", cit., p. 36-38.

26. Corretamente, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e ínstrumentalidadc do processo", cit., p. 37-38.

27. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outrn dimensão do princípio da fungibilidade". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001 , p. 1 .090- 1 . 1 44.

3 13

FREDIE DIDIER JR.

3.7. Sanabilidade de qualquer defeito processual

No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável.28 Não há exceção a essa regra.

Além de poder ser sanado com a repetição do ato ou a sua simples correção (regularização posterior da procuração judicial, por exemplo), o defeito pode ser

sanado: a) pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de suscitar a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 474 do CPC): neste caso, cumpre verificar se o defeito processual transformou-se em hipótese de rescindibilidade da decisão judicial (art. 485, CPC); c) ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida, sendo irrelevante a existência de defeitos que possam invalidá-la.

Perceba-se que não há propriamente a correção do defeito em tais hipóteses. Na verdade, os defeitos remanescem, mas se tornam inaptos a servir de fundamento para a invalidade processual.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios transrescisórios,29 que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória (art. 475-L, l, e art. 74 1 , 1, CPC - ver item 3.9 a seguir), há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (ait. 2 1 4 do CPC).

Para Pontes de M iranda, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício, pela preclusão.30

3.8. Invalidade do procedimento (inadmissibilidade) e invalidade de cada um dos atos do procedimento31

Há invalidade do procedimento (conjunto de atos) e invalidade de cada um dos atos do procedimento. É importante essa constatação.

A nulificação do procedimento atinge o processo como um todo e está relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo ("pressupostos processuais" e condições da ação). São os chamados vícios de fundo, segundo a conhecida 28. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagame. 8

ed. São Paulo: RT, 2004. p. 688; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Nulidade processual e instrnmentalidade do processo", cit., p. 36; WAMBI ER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença.

cit., passim.

29. TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo

civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

30. "Nos casos do art. 741, l, a não-arguição, tendo comparecido o executado, supre". (MlRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentórios ao Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t.

1 1 , p. 77.)

3 1 . Sobre o tema, amplamente, DIDfER Jr., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 1 1 -5 1 .

]NVALIDADES PROCESSUAIS

classificação de Teresa Wambier.32 Inadmissibilidade é o nomen iuris da sanção de invalidade do procedimento33 ou do ato postulatório.

Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursai, de conl1eci111ento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais

etc.). O juízo de admissibilidade é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento e ao ato postulatório.

Cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios requisitos de validade. A invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da causalidade normativa), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação de todo o procedimento (o conjunto de atos; o ato j urídico complexo). Os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato, confonne apontado no item 2).

O art. 248, primeira parte, do CPC, consagra o princípio da causalidade (ou da concatenação e da interdependência dos atos processuais)3" na invalidação dos atos processuais: "Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito Lodos os subsequentes, que dele dependam ... "

Então, relembre-se: o estudo das invalidades processuais abrange não somente os defeitos relevantes (aptos a gerar invalidade) dos atos processuais, mas, também, os defeitos de todo o procedimento. Em ambos os casos, há invalidade processual, que deve seguir todo regime j urídico ora examinado.

Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um "pressuposto processual" de validade ou de uma condição da ação),3; em ce11os casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a parcialidade ocorrer em favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do demandante. lsso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário.36

32. N11lidades cio processo e da sentença. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1 97-200.

33. Também equiparando as noções de admissibilidade e de nulidade, TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". Revista Dialética de Direito Process11al. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 44

34. WAMBIER, Teresa. Nuliclacles do processo e da se111e11ça. 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1 80.

35. Em sentido diverso, não admitindo a aplicação do § 2º do arl. 249 quando houver carência de ação, TA

LAM!NI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005. n. 29, p. 5 1 .

36. Sobre o tema, amplamente, SOUSA, Miguel Teixeira e. "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". Revis1a de Processo. São Paulo: RT, 1 99 1 , n. 63, p. 66; MARíNONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 474-48 1 ; l3EDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade e técnica process11al. São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. Técnica process11al e t11telaj11risclicional - a instrumenta/idade s11bsw11cial dasfonnas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006; BATISTA, Lia Carolina. "Pressupostos processuais e efetividade do processo civil - uma tentativa de sistematização,.. Revista de Processo. SãoPaulo: RT, 2012, n. 2 1 4, p. 1 06-1 12.

Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais. Note-se que, mesmo diante de um defeito que gera a nulidade do processo (nulidade absoluta, na linguagem comum dos doutrinadores), o juiz está autorizado a desconsiderá-lo, evitando a nulidade, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação. Trata-se de aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC:

"Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

3.9. I n validação de atos do juiz, das partes e dos auxiliares da j ustiça É preciso distinguir o regime da invalidação dos atos do juiz do sistema de invalidação dos atos dos demais sujeitos processuais.

Primeiramente, examinemos o sistema de invalidação das decisões judiciais.

A decisão judicial defeituosa deve ser invalidada por meio da interposição de recurso, pelo qual se alegue error in procedendo. A não impugnação da decisão implicará preclusão, ressalvada regra expressa em sentido contrário (como, por exemplo, o exame posterior de questões de ordem pública ainda não decididas, que comprometam a validade de decisão já prolatada, como pode acontecer nos termos do art. 267, § 3º, CPC). Em alguns casos, sempre antes da decisão que encerre a instância (o procedimento em determinado grau de jurisdição, como acontece com a sentença, art. 1 62, 1°, CPC), é possível pedir a invalidação da decisão por simples petição dirigida ao próprio juízo que a proferiu, que poderá invalidar a sua própria decisão - é o que acontece no reconhecimento da incompetência absoluta, que inclusive pode ocorrer ex officio. Após o encerramento da instância, ainda é possível a correção de defeitos da decisão no julgamento de embargos de declaração ou em razão de erro material (art. 463 do CPC).

Após o término do processo, com o surgimento da coisa julgada material, a decisão judicial somente pode ser desfeita por meio de ação rescisória (art. 485 do CPC). A coisa julgada material faz com que o defeito que poderia levar à invalidação da decisão transforme-se em hipótese de rescindibilidade. Transcorrido in a/bis o prazo decadencial para a propositura de ação rescisória (dois anos, art. 495 do CPC), a decisão judicial, por mais defeituosa que seja, não mais poderá ser desfeita.

Convém anotar o seguinte: a ação rescisória, no direito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua validade (arts. 485, l i e IV, p. ex.) e à sua justiça (art. 485, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação fic/elic/ac/e enrre a açiio rescisória e a invalidade da decisão judicial.

No direito processual civil brasileiro, há apenas duas hipóteses de decisão judicial existente que pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória: decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu ã sua revelia, quer porque não fora citado, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, 1. e art. 74 1 , 1, CPC). Nesses casos, bem denominados de vícios lransresci:;órios. impugna-se a decisão judicial por meio 3 1 6



de ação de nulidade, denominada querela nullitatis, que se distingue da açtío

rescisória não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da ação rescisória). Ambas, porém, são ações constitutivas.37

Assim, o réu revel não-citado ou citado irregularmente pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória (mas também por ela),38 e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de: i) impugnação; ii) ação autônoma e imprescritível de nulidade da sentença (querela nu//itatis ou actio nu//itatis);39 iii) embargos à execução contra a fazenda pública (art. 74 1 , 1, CPC) e, até mesmo, iv) exceção de pré-executividade.40 É importante a ressalva, pois a hipótese do art. 475-L, 1, CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a existência de obrigação, e portanto é título executivo, pois somente essa dá ensejo à atividade executiva. Sentenças constitutivas ou declaratórias (sem eficácia executiva), que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação prevista no arl. 475-L do CPC, porque execução não haveria.•1

Agora, cuidemos dos atos das partes.

Em relação a eles, distingue-se o modo de sua invalidação pela existência ou não de coisa julgada material.

Se há coisa julgada material, os atos processuais elas partes tornam-se invulneráveis, não podendo mais ser inval idados. A eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as hipóteses em que isso for relevante para destruir a própria coisa julgada, como acontece nos casos do inciso V III do art. 485 do CPC.42

37. Pontes de Miranda já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da eoisajulgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo (sobre o tema, amplamente, M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentârios ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t.

6, p. 190-199).

38. Contra, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Come111ârios ao Código de Processo Civil. 1 1 ed., cit., p. 1 07-108.

39. Corretamente, Adroaldo Furtado Fabrício, para quem "não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão a que se ligam os embargos do art. 741, 1, fora desses embargos", inclusive a ação rescisória (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, querela nul/itatis e ação rescisória", cit., p. 251). É importante frisar que, tendo cm vista a reforma do CPC de 2005, não há mais embargos à execuçcio de sentença, ressalvada a hipótese de execução contra a Fazenda Pública (art. 741 , 1 . CPC, que agora somente diz respeito a essa espécie de execução); a defesa típica do executado far-sc-á por impugnação, que niio tem natureza de ação, mas de mero incidente da fase executiva. Também admitindo várias formas de impugnação, TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e 1111/idades 110

processo civil, cit., p. 285. A propósito, ainda, STF, Pleno, RE 97.589-6/SC. rei. Min. Moreira Alves.

j. 17.11.82.

40. Pontes de Miranda fala de exceptio 11111/itatis (Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 2 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1 1 , p. 83).

4 1 . Mais uma vez, M I RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ârios ao Código de Processo Civil.

2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1 1, p. 86.

42. A propósito, MOR EIRA, José Carlos Barbosa. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 1 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, p. 146.

FREDIE DIDIER JR.

Se ncio há coisa julgada material, e o processo ainda está em curso, o ato processual da parte pode ser invalidado, se não tiver havido preclusão, ex officio, quando for o caso, ou a partir de simples petição dirigida ao juiz da causa (ao relator, ad referendum do colegiado a que pertença, quando o processo estiver em tribunal). Não é necessário o ajuizamento de demanda judicial com este objetivo específico.

A doutrina não costuma tratar da invalidade do ato da parte. Trata-se de omissão

que não se justifica. Basta pensar em dois exemplos frequentes: indeferimento da petição inicial ou do recurso, que não preencheu seus requisitos de validade, e a nulidade do ato praticado sem capacidade processualY Aliás, o art. 4° do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal n. 8.906/1994) expressamente reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não o seja. Aplica-se ao ato jurídico processual da parte a regra do art. 1 66 do CC-2002.44

Nada impede, porém, que, em alguns casos, a lei exija o ajuizamento de ação autônoma para invalidar o ato processual da parte, como acontece no caso da confissão (art. 352, 1, c/c o art. 486, ambos do CPC), embora isso seja raro e não-recomendável, sobretudo por questão de economia processual.

Se ncio há coisa julgada material, e o processo já se encerrou, é possível o ajuizamento de ação de invalidação, nos termos do art. 486 do CPC - que se refere à invalidação de atos das paites e não do j uiz.

Os atos processuais dos auxiliares da justiça são invalidados pelo juiz da causa (o que inclui o relator, ad referendum do colegiado a que pertença, quando o processo tramitar em tribunal), nos próprios autos e no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma com esse objetivo, e\ offic10 ou a requerimento da parte interessada. É o que acontece, por ex.emplo, com o pedido de invalidação da penhora, da citação ou do ato praticado por delegação, nos termos do art. 1 62, § 4°, CPC.

3.10. Princípios da pro1>orcionalidade, cooperação e economia processual aplicados ao sistema das invalidades processuais

Três dos princípios processuais já examinados no capítulo a eles destinado têm especial importância no sistema de regras de decretação das invalidades processuais. São eles: proporcionalidade (devido processo legal substancial), economia e cooperação.

43. Cândido Dinamarco não admite talar de nulidade de ato da pane: "São outras as técnicas pelas quais da invalidade se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente". (111stit11ições de Direito Processual Civil. São Pau:o: Malheiros Ed .. 2001, v. 2. p. 587.) Adota o pensamento de Cândido Dinamarco. MITID!ERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". Revista de Direito Processual

Cil'il. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 5 1 .

44. "Art. l 66. É nulo o negócio jurídico quando: ! - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; 1 1 - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; I l i - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito: IV - nilo revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida.alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; Vl - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; V I I - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir·lhe a prática, sem cominar sanção··.

INVALIDADES J>ROCESSUAIS

É importante, neste momento, voltar ao primeiro capítulo e reler o que ali se disse sobre esses três princípios.

É preciso averiguar a relação de adequação, necessidade e razoabilidade entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é consequência. No exame da gravidade do defeito, também é indispensável ponderar se a invalidação do ato/procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável. Na verdade, o princípio da proporcionalidade deve ser observado

principalmente na própria análise da gravidade do defeito.45

O princípio da economia processual está intimamente ligado ao sistema de invalida

ção dos atos processuais. Basta que se observem as inúmeras regras já examinadas, que impõem ao magistrado o dever de tentar extrair a máxima eficácia dos atos defeituosos, exatamente para evitar a sua desnecessária repetição.

O princ ípio da cooperação aplica-se ao sistema das invalidades processuais,46 confonne apontado no capítulo sobre os princípios processuais. Essa mani festação revela-se com muita. facilidade quando o magistrado cumpre o seu dever de prevenção, que lhe impõe a conduta de advertir às paites sobre os defeitos processuais de seus atos, dando

-lhes prazo para a correção do defeito e indicando o modo como o defeito deva ser sanado.

Cabe a lembrança, para exemplificar, do dever do magistrado de apontar o defeito da petição inicial antes de indeferi-la, exatamente para que a parte autora possa exercitar o seu direito de emenda do instrumento da demanda (art. 284 do CPC).

3.11. O princípio da boa-fé processual (proibição do ve11ire contra factum proprium) No sistema das invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao venire contrafactwn proprium). Considera-se il ícito o comportamento contraditório, por ofender o princípio da boa-fé processual. Convém explicar o tema, a partir da lição de Judith Martins-Costa:

"Na proibição do venire incorre quem exerce posição j urídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o fac/11111 proprium) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade ... ".47

45. "O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercilando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com

fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos". (GÓES, Gisele. Princípio da proporcionalidade no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)

46. Também relacionando o princípio da cooperação e o sistema das invalidades processuais, M ITIDIERO, Daniel. "O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro". Revista de Direi/o Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2005, n. 35, p. 55.

47. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire co11trafac111111 propri111n".

Revis/a Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 1 1 O.

fREDIE ÜIDlER JR.

Trata-se de lição velha, embora aplicada com outros termos. Na sistematização do instituto da preclusào (perda de poder jurídico processual), a doutrina refere-se à preclusão lógica, que consiste na "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar detem1inado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".48 A ideia de preclusão lógica é a tradução. no campo do direito processual, do princípio do nemo potes! venire contrafactum proprium.49

O CPC consagra a regra no art. 243: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa".

O enunciado normativo apl ica-se, segundo a maioria da doutrina,50 apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo (nulidades relativas ou anulabilidades processuais); se se trata de defeito que permite invalidação ex officio e a qualquer tempo, como, por exemplo, a incompetência absoluta, mesmo o autor, que demandou perante o juízo incompetente, e, portanto, deu causa à invalidade, poderia requerê-la - nesse caso, porém, deverá ser punido com sanção pecuniária em razão de litigância de má-fé.51 Adota-se, então, o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Aplicada essa regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do j uízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o foro onde a demanda foi proposta.

É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável.

Mas a questão não é tão simples.

Há manifestações doutTinárias que apontam no sentido da aplicação da proibição do venire contra factum proprium mesmo nos casos de defeito processual que pode gerar invalidade a qualquer tempo e ex officio (falta de "pressuposto processual" de validade, por exemplo).

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada de comportamento contraditório possa ficar restrita ao campo das chamadas anulabilidades ou nulidades relativas processuais. A ideia de que as nulidades processuais estariam relacionadas a normas cogentes, de ordem pública, e que, portanto, a elas não se poderia aplicar a regra 48. SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo civil. 5 cd. São Paulo: RT, 2000, v. 1 , p. 209.

49. "A i licitude derivada do exerci cio contraditório de um direito: o renascer do venire contrafactum proprium", cit., p. 1 19-120.

50. TALAMINI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 29, p. 52; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 0 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 304; TORNAGHI, Helio. Comemários ao Código de Processo Ctvi/. 2 ed. São Paulo: RT, 1 978, v. 2, p. 231 ; DíNAMARCO, Pedro.

Código de Processo Civil Comentado. Anto11io Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 685; DíNAMARCO. Cândido Rangel. l11s1il11ições de Direito Processual Civil, cit., v. 1, p. 595.

5 1 . Em termos bem próximos ao texto. TALAMNI, Eduardo. ·· otas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 52.

da proibição do venire (eis que se trata de princípio relacionado à autonomia privada) não parece adequada com os postulados da atual hermenêutica constitucional.52 Parte-se de uma premissa de que sempre, em eventual conflito entre o interesse particular e um interesse protegido por norma de ordem pública, esse prepondera sobre aquele, pouco importam as peculiaridades do caso concreto. Sucede que a melhor solução não é essa.

A proteção da boa-je objetiva também é manifestação do interesse público.53 A

solução mais correta é a aplicação do principio da proporcionalidade, ponderando, em concreto,

"o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social".54 A supremacia do interesse público deve ser verificada caso a caso, não sendo razoável que se estabeleça, a priori, que, em qualquer conflito envolvendo o interesse público e o interesse particular, deva aquela prevalecer sobre esse.55 A prevalência do interesse público é, apenas, "uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (Kollisionspriiferenzregef)".56

Feita a ponderação, três são as conclusões possíveis: i) decretar a nulidade do ato, desconstituindo os seus efeitos; ii) decretar a nulidade do ato, mantendo os seus efeitos pretéritos (decretação com eficácia ex nunc); iii) não decretar a invalidade do ato, conservando-o com sua plena eficácia.57

3.12. Decisão sobre a invalidade e preclusão

A decisão sobre a invalidação ou não do ato/procedimento submete-se nonnalmente à preclusão (arts. 47 l e 473 do CPC), esgotadas as possibilidades de impugnação recursai.

Nada justifica tratamento diverso, mesmo para os casos das chamadas nulidades absolutas ou nulidades de fimdo. Ou seja, a decisão sobre o preenchimento ou não dos 52. Sobre a importantíssima questão dos mecanismos de solução do conflito entre os interesses públicos e os interesses privados, consultar todos os textos da coletânea de estudos coordenada por Daniel Sarmento, de que participam, além do coordenador, Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre Santos Aragão e Paulo Ricardo Schier: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

53. SCHRElBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório- tutela da confiança e venire contra

.fàctum propriwn. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 250.

54. SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório - tutela da confiança e venire contra factum proprium, cit., p. 258. Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito entre o

interesse público e o interesse privado, amplamente, B INENBOJM, Gustavo. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo".

Interesses públicos versus interesses privados. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1 1 7- 1 69; ÁVlLA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". interesses públicos versus interesses privados. Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1 7 1 -2 1 5.

55. ÁV1LA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 202.

56. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", cit., p. 1 85.

57. SCH REI B ER, Andcrson. A proibição de co111por1a111en10 co111mditório - tule/a da confiança e venire contra fac1w11 proprium, cil., p. 258.

FREDIE DIDIER JR.

"pressupostos processuais" submete-se à preclusão como qualquer outra. É preciso atentar para a distinção entre possibilidade de exame da questão a qualquer tempo e possibilidade de reexame da questão a qualquer tempo, o que, de acordo com os artigos citados, não é possível. O tema da preclusão da decisão sobre os requisitos de admissibilidade do processo será mais bem desenvolvido no capítulo sobre o saneamento do processo, em item dedicado à eficácia preclusiva do "despacho saneador".58

4. PAINEL DOUTRTNÁRIO

A classificação doutrinária das invalidades processuais, notadamente no que diz respeito à terminologia adotada, tornou-se tema tão controvertido que, salvo algumas importantes exceções, é difícil encontrar vozes consonantes. A nossa concepção foi apresentada no item anterior. Eis, agora, as principais sistematizações encontradas na doutrina brasileira: Galeno de Lacerda, Moniz de Aragão, Teresa Wambier, Calmon de Passos, Antonio Janyr Dali' agnol I, Roque Komatsu, Eduardo Talamini, Aro Ido Plínio Gonçalves, Daniel M itidiero e José Maria Tesheiner.

Galeno Lacerda, em clássica e importante obra,59 apresenta uma das classificações mais festejadas pela doutrina. Para isso, primeiramente divide os vícios em sanáveis e insanáveis. Os insanáveis darão ensejo às nulidades absolutas, que devem ser decretadas de-oficio a qualquer tempo, ou por provocação das partes, também em qualquer fase do procedimento, porque de interesse público e decorrentes de inobservância de normas processuais cogentes. Sucede que, por vezes, a não-observância de normas cogentes, que tutelam interesses exclusivamente particulares, darão ensejo a uma segunda espécie de nulidade: a relativa, oriunda, portanto, de vício sanável; também poderá ser conhecida de-oficio, mas existirá sempre a possibilidade de saneamento. Mas a relativa não é a única espécie de nulidade que se origina dos vícios sanáveis. O ilustre processualista ainda aborda a anulabilidade, que seria resultado de violação de normas dispositivas, e, desta forma, não caberia qualquer manifestação do juiz, competindo à parte interessada a reação adequada. Os professores Moniz de Aragão60 e Antonio Janyr Dall' Agnoll Jr.61

desenvolveram classificações cujo esqueleto foi montado a parür do entendimento de Galeno Lacerda, mas que guardam inovações as quais a seguir faremos referência.

Moniz de Aragão sugere, além das nul idades apontadas por Galeno Lacerda, outra modalidade em que seja possível identificar defeitos processuais. Trata-se da irregularidade, que se refere a "i nfrações que não comprometem o ordenamento jurídico, nem o interesse da parte; tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção 58. Sobre o tema, com mais referências, DIDIER .Ir., Fredie. Pressupos/Os processuais e condições da ação.

São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83-99.

59. LACERDA, Galeno. Despacho Sa11eado1: Canoas: Editora La Salle, 1 953, p. 72-73.

60. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 0 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 293-298.

6 1 . ln validades Processuais. Porto Alere: LE.IUR, 1989. p. 54-55. Faz, contudo, referência a um detalhe interessante, quando enfrenta as 1111/idades relativas. Nota que o juiz, para que possa invalidar o ato defeituoso, deve certificar-se da ocorrência de prejuízo à parte interessada.

dos efeitos a que é destinado".62 Trata-se de uma violação ao mandamento legal que não gera efeitos danosos ao processo, daí porque ignorá-los.

Para Antonio Janyr Dali' Agnoll Jr., que estruturalmente adota também a classificação de Galena Lacerda, as irregularidades também se fazem presentes no processo, definidas como atos defeituosos inaptos a gerar invalidação.

Já o processualista baiano Calmon de Passos propõe uma classificação diferente.

Não aceita o binômio nulidade relativa-absoluta, pois afirma ser o "prejuízo para os fins ela justiça do processo" o pressuposto que autoriza as nulidades processuais.63

Seguindo os passos do processualista baiano, Daniel Francisco Mitidiero renuncia à terminologia de Galeno Lacerda. Define a invalidade processual (nomenclatura adotada por ele correspondente ao que se entende por nulidade) como uma "consequência que se segue tão-somente à infração de ato aviado por agente estatal", assim identificada pelo juiz. De fato, parn ele não existiria invalidade de ato da parte - raciocínio que invoca de Cândido Rangel Dinamarco -, pois às consequências dos defeitos da parte a lei reserva desígnios distintos daqueles praticados "por agente estatal". No seu pensamento reside ainda uma outra peculiaridade de grande dissonância com a proposta clássica, a saber, a inexistência de possibilidade de correção do ato viciado. Ao autor parece que, tendo em vista a exigência da decretação da invalidade pelo juiz, o que se tem por vício sanável, a rigor, deveria denominar-se pré-exclusão. Arremata, enfim, no enfrentamento do tema, que o reconhecimento da invalidade deve ser dado caso a caso.

Teresa. Arruda Alvim Wambier parte ele outra premissa para construir a sistematização elas nulidades. Primeiramente, divide-as em nulidades defimdo e nulidades deforma. As nulidades de forma são em regra relativas, porque só serão absolutas quando previstas em lei.64 A seu turno, as nulidades de fundo compõem os vícios relacionados às condições ela ação, pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos processuais negativos, todas espécies de nulidades absolutas. Equipara, sob o ponto de vista do processo, nessa oportunidade, as nulidades absolutas aos casos de inexistência, argumentando partilharem o mesmo regime jurídico. Uma vez estabelecida a premissa, passa a distinguir as nulidades relativas das absolutas. Afirma, quanto à legitimidade para alegar, que, em relação às absolutas, tanto as partes quanto o juiz poderia suscitá-las, enquanto em relação às relativas somente às partes seria atribuído tal poder jurídico. No que se refere ao tempo da alegação, entende não precluir em h ipótese alguma possibilidade de alegação da nulidade absoluta, mas a da nulidade relativa precluirá sempre que transcorrido o prazo legal ou, na falta desse, sempre que a parte não se manifestar na primeira oportunidade que lhe aparecer nos autos. Em última análise, cita as meras 62. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Co111entários ao Código de Processo Civil. 1 0 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 298.

63. Esboço de 11ma teoria das 1111lidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

p. 141-142.

64. WAM BTER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do pmcesso e da sentença, 5 ed., cit., p. 197.

irregularidades, tomando por base principalmente as lições já mencionadas de Antonio Janyr Dali' Agnoll J r. 65

Por fim, Eduardo Talamini66 propõe uma classificação bastante original, desta vez tripartida. O professor paranaense classifica as nulidades em meras irregularidades, nulidades relativas e nulidades absolutas. As meras irregularidades são inobservâncias que "nem mesmo em tese têm como gerar prejuízo às partes ou terceiros nem mesmo à Jurisdição".67 Já as nulidades relativas seriam exatamente aquilo que identifica como anulabilidade. E as nulidades absolutas, a seu turno, compreenderiam as relativas e as absolutas propostas por Galeno Lacerda. Isto ocorre porque o parâmetro de que se socorre para fazer essa sistematização é o grau de impositividade das normas. Se cogente a nonna violada, tratar-se-á de nulidade absoluta. Se dispositiva, estaremos diante de um problema de nulidade relativa.

José Maria Tesheiner, a seu turno, não propõe uma classificação sistematizada, mas aqui traremos um apanhado das suas ideias relacionadas ao tema. Salienta, de início, que erra o código de processo civil ao referir-se somente às n u l idades de forma, seguindo a linha adotada por Teresa Wambier. Alerta "que a circunstância de tratar-se ou não de nulidade cominada nada nos diz sobre a possibilidade de ser ou não decretada de ofício".68 Essa decretação relaciona-se exclusivamente com o caráter público da norma violada e o prej u ízo que trará a sua inobservância à continuidade do procedimento. Por isso, não se propõe a traçar uma classificação exauriente, mas se incumbe da tarefa de indicar se "a falta implica mera irregularidade, nulidade sanável ou insanável, nulidade decretável de ofício ou dependente de arguição da parte", só sendo possível realizá

-la após a identificação do mandamento legal desobedecido. Seriam as nulidades, em regra, decretáveis de-ofício, havendo ou não, na lei, com inação expressa da nul idade.

Mas a obra do processualista a que ora nos referimos não responde ao questionamento de quando, ainda que raros os casos, deve a parte provocar o juiz para que então ele se habilite a decretar a invalidade do ato. No que concerne à possibilidade de corre

ção dos atos, diz Tesheiner que, quando o ato defeituoso não causou prejuízo, ele não pode ser sanado, pois ele é válido, tendo em vista que atingiu sua fi nalidade, embora faça referência a "raros casos" em que se deve desconsiderar o requisito cio prejuízo.

Já quando aborda a problemática da preclusão, entende serem nulidades preclusivas aquelas decorrentes de ação ou omissão ilegal, que tenha impedido a parte no momento oportuno de exercer suas faculdades e ônus no processo.

Já o professor mineiro Aroldo Plínio Gonçalves69 inicia o enfrentamento do tema fazendo algumas críticas sobre o trabalho de Carnelutti, de onde surge o seu raciocínio: 65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5 ed., eil., p. 232-246.

66. TALAMINl, Eduardo. "Noras sobre a teoria das nulidades no processo cível". cit., p. 47-48.

67. TALAM!NI, Eduardo. "Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil", cit., p. 47-48.

68. TESHErNER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades 110 processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1 1 8- 1 1 9.

69. GONÇALVES. Aro Ido Plinio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: A ide, 1993. p. 82-102.



INVALIDADES PROCESSUAIS

a) o vício do ato não tem força para produzir nulidade; é o poder jurisdicional que a decreta; b) discorda peremptoriamente da classificação proposta com base na eficácia cio ato, em que o ato sobre o qual incidiu a nulidade absoluta teria a eficácia excluída (ou seja, não produziria efeito algum), enquanto a nulidade relativa representaria uma condição suspensiva (o ato seria validado após a sanação) e a anulabilidade uma condição resolutiva (o ato seria válido até que fosse decretada a nulidade). Mas adverte o autor com boa dose de razão: nenhum vício impede a eficácia do ato no processo.

A invalidação só se opera pela decretação de nulidade, mediante a demonstração do prej u ízo, elemento que autoriza a invalidação do ato viciado. Num segundo momento, Aroldo Plínio Gonçalves redireciona suas críticas à doutrina iniciada por Galeno Lacerda. Conforme anota, as nulidades não são sanáveis ou insanáveis, mas sim os vícios.

No processo os atos têm efeito i mediato, ainda que contenham vícios. Outra crítica que impiedosamente desfere contra a doutrina clássica é acerca da uti lização do critério da natureza das normas, se públicas ou privadas, a fim de relacioná-las com as nulidades absolutas e relativas, por não conceber normas de caráter privado no âmbito do processo. Eis enfim a classificação que propõe: as nulidades absolutas são as cominadas, decretáveis de-oficio pelo juiz em qualquer fase do processo e pela parte em momento oportuno. As relativas e as anuláveis são não-cominadas, alegáveis somente pela parte prejudicada pelo ato viciado. A forma deve ser observada de modo geral, mas deve ser relevado o vício que não causou prejuízo e a lei não estipulou nul idade em face dele.

Não obstante, Roque Komatsu70 nega a relação estabelecida por Aroldo Plínio Gonçalves, ao afirmar que, perante o direito positivo, não há como identificar as nulidades absolutas com as cominadas e as relativas com as nào-cominadas, mais ou menos como pensa José Maria Tesheiner. As nulidades são distinguidas em razão do aspecto teleológico da norma violada, ou seja, em razão da natureza pública ou privada do fim que busca atingir. Dos vícios essenciais, alguns se evidenciam insanáveis, j ustamente porque dizem respeito à infração de norma cogente. Outros são sanáveis, porque se relacionam com infrações de nonnas que tutelam o interesse da parte. Os insanáveis levam à nulidade absoluta. Os sanáveis levam à nulidade relativa (norma cogente) ou anulabilidade (norma dispositiva). Diante dos vícios insanáveis o juiz eleve decretar a nulidade. Diante dos sanáveis ocasionadores ele nul idade relativa, ele pode decretá-la, observando a ocorrência de prejuízo. Quando à anulabil idade, ao juiz é defeso decretá

-la de-oficio, cabendo tal tarefa à parte prejudicada. Se a parte não se manifesta, o ato é convalidado automaticamente.

70. KOMATSU, Roque. Da im·a/idade 110 processo ci1•il. São Paulo: RT, 1991 p. 209-2 16.



CAríTULO X

PRECLUSÃO

Sumário • 1. Conceito - 2. f'undamentos da prcclusão e o seu papel no formalismo processual - 3. Classificação: 3. J . Generalidades; 3.2. Preclusão temporal; 3.3. Preclusão lógica; 3.4. Preclusão consumativa; 3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva - 4. Natureza jurídica: 4 . 1 . A preclusão como fato

e como efeito jurídico; 4.2. A preclusão como sanção - 5. Preclusào, prescrição e decadência - 6. Preclusào para o juiz - 7. Efeitos ela preclusão.

1 . CONCEITO

Etimologicamente, em suas origens latinas, preclusão advém de preclusio, mais especificamente do verbo praecludere, que significa fechar, tapar, proibir, vedar.'

O instituto é antigo. Remonta ao direito romano-canônico, quando a preclusão assumia um caráter punitivo, sendo concebida como fom1a de ameaça jurídica.2 No século XIX, os processualistas franceses também se remetiam a fenômeno semelhante, a chamadaforclusion (exclusio aforo), no sentido de caducidade referente não só ao direito processual, como também ao direito material.3

O conceito e a sistematização do instituto, atualmente, devem-se a Giuseppe Chiovenda, cujo pensamento tem sido seguido por praticamente toda doutrina processual.

Chiovenda, por sua vez, esclarece que sua fonte de inspiração foi a obra de Oskar Bullow. Foi o alemão que o incitou a partir para o estudo do instituto visando dar

,

-lhe contornos mais simples e precisos.4

Embora seja instituto de inspiração alemã, "não logrou o conceito de preclusão captar a atenção da subsequente literatura processual de seu país de origem, que dele só incidentemente se tem ocupado. A razão desse menor interesse decorre, ao que supomos, da circunstância de haver o Regulamento processual civil alemão de 1 877 feito uso muito escasso das preclusões, em obséquio da rigorosa aplicação dos princípios de concentração e oralidade".5

1 . BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da precluslio processual civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1 992, p. 27.

2. COUTU RE, Eduardo J. F1111da111e111os do Direito Processual Civil. CampÍlrns: RED Livros, 1999, p. 130.

3. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil, cit., p. J 30.

4. "Mis obscrvacioncs han tcniclo un propósito y un resultado de simplificacióa y de diferenciación. Me proporcionó la iclea y el punto ele partida uno ele los escritores alemanesque más han contribuído ai progreso de la moderna ciencia proccsal com aportaciones de ideas, ao solamente nuevas, sino sanas, fecundas e propulsoras; me refiro a OSKAR BULOW, cm su trabajo fundamental Civilprozessualische Fiktionen 1111d Waltr/1eiten. Aquí se analizan, com uma visión realista y aguda, aunque a través ele cierta ilusión históricogermanísticu, algunos importantes casos de prcclusión, en la conrumacia, em la confessión, en eljuramento, en la competência, en la cosa juzgada" (CH IOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgacla y preclusión". Santiago Sentís Mclcnclo (tracl.). Ensayos de Dereclto Procesal Civil. Buenos Aires: EJEA, 1949, v. 3, p. 226).

5. GUIMARÃES, Luiz Machado. Estudos de Direito Processual. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1 969, p. 09.

FREDIE DIDIER JR.

A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz.6

A definição originária de Chiovenda parece abranger tão-só a perda de "faculdades"

processuais das partes. Mas o próprio j urista, posteriormente, reconhece a possibilidade de preclusão de poderes do julgador de examinar questões, razão

por que se impõe o alargamento do significado do instituto.7

Heitor Vitor Mendonça Sica propõe a divisão preclusão dirigida à atividade das partes e preclusào sobre questões incide111ais. 8

2. FUNDAM ENTOS DA PRECLUSÃO E O SEU PAPEL NO FORMALISMO PROCESSUAL

O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um método de solução de conftitos, que se vale de um conj unto de regras que ordenam a participação e o papel dos sujeitos do processo. A esse conjunto de regras, dá-se o nome de formalismo processual.

Indispensável a leitura da obra de Carlos Alberto Alvaro de O liveira, que considera que o formalismo "diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais".9 E arremata:

"Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de discipli nar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado".1º

A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o fonnalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede 6. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão". Eswdos em homenagem ao Prof Gale110 Lacerda. Pono Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 156-157.

7. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. ·'Preclusiío", cit. p. 156-1 57.

8. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Prec/usão processual civil. São Paulo: Atlas, 2006, p. 277.

9. OLIVEIRA, Carlos Albeno Alvaro de. "O Formalismo-valorativo 110 confronto com o fonnalismo excessivo". Revisra de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8

10. OLIVEIRA, Carlos Albeno Alvaro de. ··o Fonnalismo-valorativo oo confroato com o fonnalismo excessivo". Rel'isra de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 8.

que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica.

Segundo Dierle José Coelho Nunes, o processo é uma estrutura progressiva de preclusões, que permitem um "desemolar adequado das fases processuais de forma a possibilitar uma irreversibilidade (...) trazendo um caráter dinâmico ao procedimento em contraditório. Desta forma, os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão onde são estabelecidos com maior ou

menor rigor fases e momentos procedimentais para a prática de atos e respectivos ônus pelo descumprimento".

Na visão do autor, as últimas reformas processuais buscaram dar uma maior celeridade e efetividade ao processo, muitas vezes às custas da mitigação ou supressão de garantias constitucionais democráticas -como devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc. Demais disso, muniram o juiz de amplos poderes, dando margem à arbitrariedades judiciais. Questiona, pois a legitimidade de tais mudanças.

As preclusões, na visão do autor, seriam uma alternativa legítima para o alcance desse mesmo fim. As preclusões imprimiriam ritmo e dinamicidade ao processo sem comprometer o modelo constitucional de processo - sem colocar em xeque sua legitimidade.1 1

Não há processo sem preclusão. É possível que o formal ismo processual minimize a preclusão para certas situações (como o faz em tema de prova e de exame das questões de ordem pública), sem, porém, eliminá-la.

De acordo com o princípio da preclusão, o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas; não se tolera a adoção de compo1tamentos incoerentes e contraditórios.12

Vedam-se, enfim, atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

Frise-se: a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à duração razoável do processo. Não se resume à condição de mera mola impulsionadora do processo. A preclusão tem, igualmente, fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual. A preclusão é técnica, pois, a serviço do 1 1 . "?reclusão como fator de estruturação do procedimento". Estudos Continuados de Teoria do Processo.

Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4, p. 190 e 1 9 1 .

1 2. "Reconhecendo-se o caráter sequencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos e que após o seu início venha a

cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tomar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se desenvolvimento sem contradições e repetições, garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas". (LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil.

Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 120).

329

direito fundamental à segurança j urídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé. É importante essa observação: como técnica que é, a prec!usão deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger.

Todo o percurso processual se orienta pela diretriz da preclusão. É ela (preclusão) que permite que o processo se desenrole progressivamente de forma ordenada, segura, coerente, rumo ao seu destino final.

3. CLASSIFICAÇÃO

3.1. Generalidades

Com base na conhecida classificação proposta por Chiovenda, fala-se em três espécies de preclusão: temporal, consumativa e lógica. 13

A classificação, conforme apontado por Chiovenda, é feita com base no.fato gerador (fato jurídico) da preclusão (perda de prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão, nesta classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos lícitos ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a sanção (consequência da prática de ato ilícito).

Sucede que é possível cogitar de preclusão decorrente da prática de um ato ilícito.

Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. Nada impede que o legislador atribua uma mesma eficácia a um ato lícito e a um ato i lícito: veja, por exemplo, o dever de indenizar, que tanto pode decorrer de um ato i lícito (art. 1 86 do CC)14 com de um ato lícito (art. 1 88, l l, c/c o art. 929 do CC).15 Nem por isso esses atos têm a mesma natureza: embora tenham a mesma eficácia, são fatos j urídicos distintos, sendo a conform idade ao direito o critério distintivo.

Não se pode dizer que a preclusão seja uma eficácia exclusiva de atos lícitos, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça. Há preclusão decorrente da prática de ato ilícito (preclusão-sanção ou preclusão punitiva),

categoria que deve ser lembrada, para manter a coerência da classificação da preclusão pelo seu respectivo fato jurídico.

1 3 . '·(. ..) yo entiendo por preclusión lapérdida, o e.xtinción, o co11s11111ación de uma faculiad procesal que se sufre por el becho: a) de no haber observado el orden senalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones; b) o de haber realizado uma actividade incompatible com el ejercicio de la faculdad, como la proposición de uma excepción incompatible com outra, o el cumplimiento de um acto incompatible com la intención de impugnar uma sentencia; e) o de habcr ejercitado ya válidameme uma vez la faculdad (consumación propiamente dicha)" (CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 226).

14. Art. 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete alo ilícito".

15. Art. 188, U, CC: "Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente". Art. 929 do CC: "Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso li do art. 1 88, não forem culpados do perigo, assistir-Uies-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".

PRECLUSÃO

Assim, a preclusão é efeito jurídico que pode decorrer dos seguintes fatos jurídicos (em sentido amplo):

a) Um ato-fàto lícito caducificante: a inércia, pouco importa se culposa ou não, por um lapso temporal, que conduz à perda de uma faculdade/poder processual (preclusão temporal);

b) Um ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo: de um lado, a

adoção de um comportamento pela parte ou pelo juiz impede, de imediato, a adoção de outro com ele incompatível, (perda dessa faculdade/poder processual por prec/usào lógica); de outro, a consumação de uma faculdade/poder atribuído pela lei, obsta que esse mesmo poder volte a ser exercido (preclusão consumativa) . Na verdade, a maior parte dos atos processuais produz, automaticamente, por força de lei, estes efeitos preclusivos em razão da proibição de comportamento contraditório e da consumação do poder processual.

c) Ato ilícito caducificante, ato contrário ao direito, que conduz à perda de um poder/

faculdade processual.

Há, então, quatro espécies de preclusão, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: temporal, consumativa, lógica e punitiva. Examinemos todas.

3.2. Preclusão temporal

A prec/usão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art.

J 83, CPC).16

Para a doutrina majoritária, é reconhecido como fenômeno decorrente do desrespeito pelas partes dos prazos próprios e preclusivos. Ocorre, por exemplo, quando a parte não oferece contestação ou recurso no prazo legal.

Nossos doutrinadores têm certa dificuldade de visualizar preclusão temporal para o juiz, como perda do poder processual por não tê-lo exercido no momento opottuno. Isso porque os prazos para o juiz são impróprios e não-preclusivos.

"No que se refere ao juiz, os prazos são impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito, disciplinaJ. Não havendo consequência processual dessa omissão, não há que se falar em preclusão temporal para o juiz, pois mesmo após transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita sua realização" n

16. Art. 1 83 do CPC: "Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de

declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

1 7. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Prec/11sões para o juiz. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 4 1 . Neste sentido, também, GIANNICO, Maurício. A Prec/11são do Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1 1 0- 1 1 1 , MITIDI ERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2, p. 137.

FREDIE DIDIER JR.

3.3. Preclusão lógica

A preclusão lógica consiste na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Advém, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual. Trata-se da "impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior".18

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte aceita expressa ou tacitamente a decisão, o que é incompatível com o exercício da faculdade de impugná-la (recorrer), na forma do art. 503, CPC. Também há preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado (ao confessar, a parte perde o direito de produzir prova do fato confessado). A parte que deu causa ao defeito processual, não pode pedir a sua invalidação (art. 243 do CPC).19

Também há preclusão lógica em relação ao magistrado.20 Dá-se, por exemplo, quando o juiz concede uma tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa, o que é incompatível com uma recusa em condenar o réu por litigância de má-fé com base no mesmo comportamento tido por abusivo. Também não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrndo convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. A sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova.21

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação ao venire contra factum proprium (regra que proíbe o comportamento contraditório), inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender o princípio da boa-fé processual.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas

de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte - confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico-social do negócio-, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.

1 8. SLLVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo civil. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1 , p. 209.

1 9 . Art. 243 do CPC: "Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa".

20. Admüindo a preclusão lógica para o juiz. corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. ?reclusões para o juiz. cit., p. 42-46.

2 1 . Neste sentido, no STJ, 3• T., REsp 649. 1 9 1 /SC, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 1 3.09.2004, p. 241; l" T., R.Esp n. 443 . 1 7 l/SC, rei. Min. Humbe1to Gomes de Barros, j. 1 0.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 1 0 1 .

PRECLUSÃO

E a ideia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo do nemo potes! venire contra facturn proprium (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa fé objetiva.

Embora sem valer-se da expressão "preclusão lógica", o STJ aplicou este entendimento.

No caso, o juiz havia homologado o pedido de suspensão convencional do processo.

Durante a suspensão, porém, proferiu a decisão. A parte recorreu apenas após o fim do prazo de suspensão elo processo. O tribtmal entendeu que o recurso era, assim, intempestivo: o prazo ela apelação teria começado a correr a partir ela intimação da sentença.

O STJ, porém, entendeu que este comportamento viola a boa-fé objetiva processual, porque "ao homologar a convenção pela suspensão elo processo, o Poder Judiciário criou nosjurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Portanto, não se mostraria razoável que, logo em seguida, fosse praticado ato processual de ofício -publicação de decisão - e ele fosse considerado termo inicial do prazo recursai, pois caracterizar-se-ia a prática de atos contraditórios, havendo violação ela máxima nemo potes/ venire contrafactum proprium, reconhecidamente aplicável no âmbito processual" (REsp 1 .306.463-RS, rei. Min. Herman Benjamin, j. em 4.9.2012).

A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito.

A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato, e não do ato contraditório.

3.4. Preclusão consumativa

A preclusão consurnativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. Observa-se quando já se consumou a faculdade/poder processual.

Maurício Giannico, seguindo lições de Stefano Riccio e ele Emílio Betti, tece algumas críticas à concepção chiovendiana de preclusão consumativa:

"Por outro lado, em sua definição, ao discorrer sobre a denominada preclusão consumativa (...), Chiovenda afim1a que a perda (consumação) da possibilidade de praticar determinado ato ocorre por já se haver 'exercitado

validamente uma vez'.

Pensamos, todavia, que essa perda - e a consequente impossibilidade ele praticá-lo novamente - ocorre independente da validade ou invalidade do ato praticado".22

Decorre do brocardo ne bi in idem, encontrando fundamento normativo em nosso sistema, para as partes, no art. 1 58, CPC, que se refere à produção de efeitos imediatos com a prática atos processuais pela parte, exaurindo-se o exercício de sua faculdade.23

22. G!ANNICO, Maurício. A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro, 2005, cit., p. 50.

23. GIANNICO, Maurício. A Preclusào do Direito Processual Civil Brasileiro, 2005, cit., p. 1 1 2.

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte oferece sua contestação ou interpõe seu recurso de apelação no quinto dia do prazo (que é de quinze dias, relembre-se), mas esquece de deduzir u m argumento importante; como já exerceu e consumou sua faculdade de recorrer, não pode, nos 1 O dias restantes do prazo, corrigir, melhorar ou repetir a contestação/recurso.

É o que se dá, ainda, quando a decisão judicial é publicada. Exaure-se o ofício jurisdicional, não podendo o magistrado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei (art. 463, CPC).

3.5. Preclusão-sanção ou preclusão punitiva

Conforme foi advertido, é possível que a preclusã.o decorra da prática de um ato ilícito.

Neste caso, a preclusão terá natureza jurídica de sanção. 24

Há i lícitos que geram a perda de um poder ou direito (na verdade, perda de qualquer

"categoria eficacial"25 ou situação jurídica ativa). São chamados de ilícitos caducificantes.26 "Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam".27

Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato ilícito: a) perda da situação jurídica de inventariante, em razão da oconência dos i lícitos apontados no art. 995 do CPC; b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 2°, CPC), que é considerado um dever da parte (art. 340, I, CPC), implica preclusão do direito de provar fato confessado, mas, desta feita, como decorrência de um i lícito (descumprimento de um dever processual); c) o excesso de prazo não·justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa (art. 1 98 do CPC); d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde

-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 8 8 1 do CPC).28

24. Adotando a ideia de preclusão como sanção. no sentido aqui exposto, conferir: NOGUELRA, Pedro Henrique Pedrosa. "Notas sobre Preclusão e Ve11ire contra Factum Proprium ". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2009, n. 168, p. 337-338.

25. BRAGA NEITO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilicitos civis. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003, p. 102.

26. BRAGA NEITO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis, cit., p. 102.

27. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pomes de. Tratado de direito privado. 4 ed. São Paulo: RT, 1 983, t. 2, p. 216.

28. Art. 881 do CPC: "A sentença, que julgar procedenre a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado". Em texto sobre a responsabilidade processual das partes, Barbosa Moreira já idemificava a "perda de direitos ou faculdades processuais" como uma das consequências possíveis de um ilícito processual, citando como exemplo exatamente o atentado. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro". Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1 8.). Ainda com referências à preclusão como consequência de um ilícito processual (no caso, o abuso de direito), TARUFFO, M ichele. "General repor! - abuse of procedural rights: comparative standards of procedural faimess". Abuse 334

PRECLUSÃO

Em todas essas hipóteses, há a perda de um poder jurídico processual decorrente da prática de um ato il ícito; há, pois, preclusão decorrente de um i lícito e não do descumprimento de um ônus. É preciso, enfim, completar a classificação de Chiovenda, que leva em consideração apenas a preclusão decorrente da prática de atos lícitos.

4. NATUREZA J U RÍDICA

4.1 . A preclusão como fato e como efeito jurídico

A partir deste panorama das diferentes espécies de preclusão, é fácil concluir que, de regra, se está diante de um efeito jurídico.29 "A preclusão ou caducidade é só efeito",30dizia Pontes de M iranda.

Mas nem sempre é efeito a preclusão. Ela pode compor o sup01te fático de algum fato jurídico.

Veja o caso da coisa julgada (efeito jurídico). A preclusão é elemento do suporte fático do fato jurídico composto consistente na prolação de decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, acobertada pela coisa julgada fom1al (preclusão temporal máxima), cujo efeito é a formação de coisa julgada material.

A preclusão também pode compor o suporte fático de fato jurídico invalidante de ato processual: é o que ocorre com a interposição intempestiva de um recurso (fato jurídico

= interposição de recurso + preclusão temporal), cuja consequência é a inadmissibil idade (invalidade) do procedimento recursai.

Embora sem compartilhar dos mesmos exemplos, Maurício Giannico admite que preclusão pode ser tanto fato como efeito - diante da própria dialética peculiar do processo:

"Nesse ponto, saliente-se que a reconhecida constatação de que a preclusão obrigatoriamente surge como resultado de outro fato nã.o a desmerece nem repele sua qualificação enquanto fato jurídico processual (...) Ainda que tida por resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa), a preclusão em si, por sua vez, gera inúmeras outras consequências jurídico-processuais, o que por si só reafuma sua condição de fato jurídico processual autônomo".31

Cintra, Grinover e D inamarca, em sentido diverso, definem a preclusão como fato jurídico impeditivo, e não como efeito: "O instituto da preclusão liga-se ao princípio o/procedural rights: compara tive standards o/proced11ral/airness. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/

Boston: Kluwer Law lnternational, 1 999, p. 22-26; ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007, p. 229-244.

29. "He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuostro proceso, para asegurar precisión y rapidez ai desarrollo de los actosjudiciales, ponc limites ai ejercicio de determinadas facuhades procesales, com la consecuencia de que, más aliá de estos limites, estas facultades non su pueden ya ejercitar. 1-le dado a esta consequência el nombre de 'preclusión'". (CHJOVENDA, Giuseppe. "Cosa Juzgada y preclusión", cit., p. 224.)

30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, t. 2, cit., p. 2 1 6.

3 l . GlANNJCO, Maurício. A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro, cit., p. 73. Neste sentido, também, ARAGÃO, Egas D irceu Moniz de. "Preclusão", cit., p. 145.

do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma/acuidade ou de um poder ou direito processual; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão".32

Resta enfrentar alguns antigos questionamentos que existem em torno da

natureza jurídica da preclusão.

4.2. A preclusão como sanção

Questiona-se se a preclusão seria uma sanção.

A maior parte da doutrina, baseada na lição de Chiovenda, entende que não.33 Entende-se que a preclusão está intimamente relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio beneficio, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar consequências danosas para ela. Nada teria a ver, porém, com a sanção. Enquanto a sanção é a consequência jurídica do descumprimento de uma norma jurídica, de um ilícito, a µreclusão decorre do nã.o-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos licitas, conformes com o direito. A sanção decorre da prática de atos ilícitos, já a preclusão é consequência da prática de determinados atos lícitos.34º35

32. GRJNOVER,Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DTNAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20º ed. São Paulo: Malbei.ros Ed., 2004, p. 329.

33. Nesse sentido, GIANNICO, Maurício. A ?reclusão do Direi/o Processual Civil Brasileiro, cit. p. 62-63.

FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conheci111e1110. São Paulo: RT, 2001, p. 49. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Da preclusão processual civil, cit., p. 126-127.

34. ARRUDA ALVIM. Manual de direi lo processual civil. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 537-538. GlANNICO, Maurício. A Preclusão do Direi/o Processual Civil Brasileiro. cit., p. 47. Ricardo de Barros Leonel pontua que "ao contrário do que se verifica historicamente, a preclusão não figura como pena ou sanção para o agente que nela incorre. Ao contrário, objetiva apenas estabelecer parâmetros de organização para o desenlance do procedimento judicial". Objeto litigioso e direito s11perve11iellfe no processo civil. Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004, p. 1 1 9.

Cintra, Grinover e Dinamarco também sustentam que a preelusão não é sanção

por ilícito, não advém de ilícito, mas de incompatibilidade de poder/direito/faculdade com desenvolvimento do processo. (GRINO

VER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.)

35. Em sentido inverso, João Batista Lopes, entendendo que a preclusão é, sim, penalidade, fazendo um precioso apanhado doutrinário sobre a questão: "Numa síntese geral, poderíamos dizer que a doutrina brasileira aceita a teoria de Chiovenda (a preclusão constitui perda da faculdade processual de propor questões) e a de Stefano Riccio (a preclusão não é sanção, mas um fato processual impeditivo). Somente Martins de Oliveira procura ressaltar o caráter sancionatório da preclusão (A preclusão na dinâmica do processo penal, 1995, pp. 98-99). Segundo pensamos, não é possível excluir do conceito de preclusão o caráter de penalidade de que se reveste (...) A natureza jurídica da preclusào é, pois, a de uma penalidade s11i generis, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercicio de faculdade com ele incompatível (...) Essa penalidade, segundo entendemos, não se identifica com a sanção jurídica, mas apresenta um caráter mais restrito: não pune, nem reprova; apenas impede que a parte omissa pratique o ato processual fora do momento próprio para fazê-lo" ("Breves considerações sobre o instituto da preclusão". Revis/a de Pmcesso. São Paulo: Revis/o dos Tribunais, 1 98 1 , n. 23, p. 46-47).

PRECLUSÃO

Já foi ressalvado, porém, neste capítulo, que não se adota este entendimento. A despeito da classificação chiovendiana só identificar a preclusão deco1Tente de atos lícitos

- que não poderia em razão disso ser confundida com sanção - é possível a existência de preclusão-sanção, como decorrência de ato ilícito.

5. PRECLUSÃO, PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Cabe, ainda, diferenciar preclusào temporal, prescrição e decadência. Isso porque confusões podem ser feitas entre tais institutos pelo fato de todos eles relacionarem-se à ideia de tempo e de inércia.

Pois bem.

Caducidade é designação genérica para a perda de uma situação jurídica. A preclusão e a decadência são exemplos de caducidade.

Pontes de Miranda considera caducidade e decadência como termos sinônimos. Assim, também considera sinônimas as expressões caducidade e prec/usâo. 36 Para fins didáticos, porém, preferimos considerar caducidade como um gênero, de que são espécies a preclusão e a decadência. O nosso ordenamento jurídico refere-se à decadência quando cuida da extinção de direitos polestativos em razão da inércia. Preclusão é designação que, pela tradição, se relaciona à perda de poderes jurídicos processuais.

A decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não-exercício dentro do prazo legal ou convencional. Aproxima-se da preclusão temporal por também se referir à perda de um direito decorrente da inércia de seu titular - ou seja, em razão de ato-fato caducificante. Distancia-se, contudo, por se referir, em regra, à perda de direitos pré-processuais, enquanto a preclusão temporal refere-se sempre à perda de faculdades/

poderes processuais. Além disso, a preclusão pode decorrer, como visto, de outros fatos jurídicos, além da inércia, inclusive de ato il ícito (a decadência sempre decorre de um ato-fato lícito).

É preferível designar de direitos pré-processuais aqueles que podem decair, para que se possa incluir nesta rubrica, por exemplo, tanto os direitos potestativos essencialmente materiais (como o direito de invalidar um ato jurídico), como outros direitos potestativos mais relacionados ao direito processual, mas exercitáveis fora dele, como o direito à escolha do procedimento, às vezes submetido a prazo, como no caso do mandado de segurança (art. 23 da Lei Federal n. 1 2.016/09).

Já a prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 1 89 do CC) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal. Apesar de decorrer de uma inércia do titular do direito - também ato-fato lícito caducificante37 -, não

conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência, 36. M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 7h11ado de direito privado, L 2, cit., p. 2 1 5-2 1 6.

37. Conforme percuciente anotação de Marcos Bernardes de Mel lo, os atos-fatos caducificantes têm por efeito a extinção de um direito (como ocorre na prcclusão ou decadência) ou, tão-somente, o encobrimento da pretensão, da ação ou exceção (tal como na prescrição) (MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 134).



TESHEI

mas, sim, ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão - obstando que o credor obtenha a satisfação da prestação almejada.

Enquanto a prescrição relaciona-se, em pri11cípio, aos direitos a uma prestação de cunho material, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a faculdades/poderes de cunho processual.

Demais disso, prescrição e decadência são institutos de d ireito substantivo, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente - malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo -, e suas :final idades projetam-se, também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, no bojo do processo, e sua finalidade precípua restringese, igualmente, à esfera processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que chegue ao seu ato final (prestação da jurisdição).38

6. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

A doutrina e a jurisprudê1Jcia têm por sinônimas as designações preclusão judicial ou preclusào pro iudicato, que nada mais seriam do que a perda de um poder do juiz.

Rigorosamente, porém, a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial.

Preclusão pro iudicato significa julgamento implícito. Como afuma José Maria Tesheiner:

"Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz. Em latim,judicato significa julgado; juiz é iudex (nominativo) ou iudicem (acusativo). Preclusão pro judicato significa "preclusào como se tivesse sido julgado ". Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há "preclusào pro judicaro porque esta supõe ausência de decisão. (...) Admitindo-se

",

que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom po1tuguês: "preclusão para o juiz"; não, preclusão "pro judicato", em mau latim"39.

A preclusão pro i11dica10 foi concebida originariamente pelo italiano Enrico Redenti, no início da década de 1 930. como uma 1éc11ica para /ornar imuláveis e indiscutíveis direi los materiais sequer apreciados e decididos em juízo. Essa nova técnica de imutabilização seria necessária, a seu ver, pois, se não havia decisão sobre tais direitos, não haveria como se formar coisa julgada, sendo possível rediscuti-los em processos posteriores."º O autor seguido por renomados juristas italianos, defendeu

,

que, por força da preclusão pro iudicato, a extinção da execução, com a satisfação do crédito, torna o direito material indiscutível, produzindo efeitos semelhantes à coisa julgada material.

38. ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. v. 1, cit., p. 538; GIANNICO, Maurício. A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro, 2005, cit. p. 88; FERRAZ, Cristina. Prazos no processo ele conhecimento, cit., p. 85. BARBOSA, Anlônio Alber10 Alves. Da preclusão processual civil. cit., p. 1 2 1 .

39.

ER, José Maria. "Prcclusão pro j11dicato não significa preclusào para o juiz". Disponível em http://www.tex.pro.br/, consultado em 24.09.2007. às l 7h30.

40. Discorrendo amplamente sobre o tema, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. ?reclusões para o juiz. São Paulo: Método, 2004, p. 19-2 1 .



PRECLUSÃO

"O exemplo utilizado pelo processualista italiano para melhor explicar sua teoria, e que mais se ajusta ao sistema brasileiro, é o do caso da execução extrajudicial fundada em contrato de obrigação de trato sucessivo, com parcelas periódicas e continuadas.

Jmaginemos que algumas dessas parcelas vençam e restem outras a vencer. O credor pode ingressar com ação executiva relativa àquelas parcelas vencidas. No caso de não ser embargada essa execução, o respectivo crédito é satisfeito, nada

mais havendo a ser discutido nesse processo. No caso de novo inadimplemento do devedor, o credor pode novamente ingressar com a ação executiva, só que agora relacionada às outras parcelas que venceram posterionnente à primeira demanda e também não foram pagas.

O executado pode opor embargos, com base, por exemplo, na nulidade absoluta do contrato. O referido processo incidente poderá ser julgado procedente, o que acarretará a extinção anom1al da execução. Essa possibilidade é aberta ao executado, já que a sentença que extinguiu a primeira execução não fez coisa julgada material. Para os defensores da preclusão pro iudicato, mesmo admitindo-se por sentença judicial que o contrato é nulo, o executado não poderia reaver os prejuízos experimentados na primeira execução. Isso se daria por que aquela execução estaria sob o manto da preclusão pro iudicato, que dá a ela estabilidade e segurança definitiva".41

Já vimos, ao classificarmos as preclusões, que subsistem, indiscutivelmente, em nosso sistema, preclusões judiciais lógicas e consumativas. Não se cogita, doutrinariamente, em preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária precisa ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também diante de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de o Ministro silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário (art. 324, § 2°., R[STF42; aqui, haveria uma verdadeira preclusão pro iudicato).

Registre-se, ademais, que há forte polêmica no contexto das preclusões judiciais consumativas: trata-se da discussão sobre a existência de preclusão para o reexame de questões de ordem pública (principalmente aquelas relativas ao juízo de admissibilidade do processo) já decididas. O problema será examinado apropriadamente mais à frente, em outro capítulo, no item relativo à eficácia preclusiva do despacho saneador.

7. EFEITOS DA PRECLUSÃO

A observância ou inobservância da preclusão pode gerar consequências dentro e fora do processo em que ocorrida.

4 1 . NEVES, Daniel Amorim Assumpçào. ?reclusões para o juiz. cit., p. 2 1 .

42. "Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestaçiio sobre a questão da repercussão geral.

§ 1 º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. § 2° Não incide o disposto no paragrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso cm que a ausência de pronunciamento no prazo sera considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil".

339

FREDIE DIDIER JR.

De um lado, a observância das preclusões simples, que ocorrem ao longo do processo, funciona como uma força motriz deste feito, impulsionando-o obstinadamente rumo ao seu destino final (provimento jurisdicional). Chegado o seu fim, tem-se a preclusão máxima

- a irrecorribilidade da decisão final, chamada por alguns de coisa julgada formal -, que, recaindo sobre provimento jurisdicional de mérito e fundado em cognição exauriente, projeta efeitos para fora do processo: forma-se a coisa julgada

material.

De outro, a inobservância da preclusão pode conduzir a invalidades processuais.

Acaso a parte/juiz, ao arrepio da preclusão, insista em exercer o poder processual perdido, praticando ato processual que não mais caberia praticar, este ato (extemporâneo, contraditório ou repetitivo) será defeituoso. E ato processual defeituoso, quando gera prejuízos para as partes ou para o interesse público, deve ser invalidado.

Vejamos alguns exemplos.

A correção ou acréscimo de uma decisão judicial (exercício de poder judicial), depois de sua publicação, em regra, vai de encontro com a preclusão consumativa (art. 463, CPC). Assim, este adendo decisório, porquanto viciado, em caso de recurso, deverá ser tido por inválido pelo tribunal.

A interposição de um recurso (exercício de faculdade processual) pela parte, depois que manifestou expressa ou tacitamente sua aceitação, é conduta contraditória, vedada pela preclusão lógica (art. 503, CPC). Assim, o recurso, diante do desrespeito a requisito de admissibilidade (validade) negativo43, é defeituoso, devendo, pois, ser reputado inválido (inadmissível).

Ainda na esfera recursai, como cediço, a tempestividade do recurso é requisito extrínseco de admissibilidade (validade)44• E o recurso interposto fora do prazo legal, em desrespeito à preclusão temporal, é viciado, devendo, pois, ser inadmitido (invalidado).

Constata-se, assim, que a preclusàо tem um cunho eminentemente preventivo/inibitório. Visa inibir a prática de ilícito processual invalidante: a) ao obstar que alguém adote conduta contraditória com aquela outra anteriormente adotada - o que denotaria sua deslealdade; b) ao impedir que reproduza ato já praticado; c) ao evitar a prática de atos intempestivos, inadmissíveis por lei. Mas, praticado o i l ícito invalidante prejudicial às partes ou ao interesse público, inevitável é a imputação da sanção de invalidade.

43. A esre respeiro, conferir o v. 3 desre Curso, que cuida dos requisitos de admissibilidade dos recursos.

44. A esre respeiro, conferir o v. 3 desre Curso, que cuida dos requisitos de

admissibilidade dos recursos.

340

CAPÍTULO XI

TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL

Sumário • 1. Conceito de cognição -2. Conccilo de queslão - 3. Resolução das questões: resolução i11cide111e1·

lantum (mera cognição) e resolução principalÍler (decisão) -4. Objeto do processo e objeto litigioso do processo 5.

-

Objeto da cognição judicial (tipologia das questões): 5.1. Consideração introdutória; 5.2. Questões de fato e ques1ões de direito; 5.3. Questões preliminares e questões prejudiciais; 5.4. Condições da ação, pressuposlos processuais e méri10: questões de admissibil idade e questões de mérito - 6. Espécies de cognição.

1 . CONCEITO D E COGNIÇÃO

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição é "prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo". 1

A cognição é u m dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo moderno (junto com o procedimento e a tutela jurisdicional, cujos conceitos estão intimamente relacionados com o de cognição). Basta ver que a própria noção que se tem de cada tipo de processo (conbecimento, cautelar e execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles.

A análise da cognição judicial é, po1tanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação. É importante perceber que o objeto da cognição é formado por essas questões.2

Frise-se, ainda, que a cognição não é atividade solitária do órgão jurisdicional. Ela se realiza em um procedimento estruturado em contraditório e organizado segundo um modelo cooperativo, o que toma a participação das partes na atividade cognitiva imprescindível, e, por isso, muito importante3•

2. CONCEITO D E QUESTÃO

Questão é palavra que assume, na dogmática jurídica processual, ao menos dois significados.

1. Da cogniçcio no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 4 1 .

2.

Sobre o objeto da cognição, com análise um pouco diversa, mas muito proveitosa, CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de direÍ/o processual civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 267-277.

3. A propósito, precisamente, MADETRA, Dhenis Cruz. P1vcesso de Co11hecime1110 & Cognição: uma inserção no Es1ado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 201 O, p. 1 18.

FREDIE DIDIER JR.

Em um primeiro significado. que pode ser qualificado de restrito, questão é qualquer ponto de fato ou de direito controvertido, de que dependa o pronunciamento judicial.

"Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das 'questões' é o meio de que se vale o juiz para julgar: a 'questão' não constitui, em si, objeto de

julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir".4 Essa é a acepção utilizada pela quase totalidade da doutrina, a dispensar, inclusive, maiores referências.5 Cumpre apontar, também, que é esse o significado utilizado no inciso l i do art. 458 do CPC.6

Mas o vocábulo "questão" também pode ser entendido como "o próprio thema decidendum, ou, ao menos cada uma das pattes em que ele se fraciona".7 Aqui, a palavra

"questão" assemelha-se a "pedido", que nada mais é do que a "questão principal" do processo, o seu objeto litigioso. '·Havendo mais de um pedido, ou - o que afinal é o mesmo - compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas "questões" quantos forem os pedidos, ou os itens do pedido".8 Essa é a acepção utilizada no inciso Ili do art. 458.

Um estudo sobre a cognição judicial não pode prescindir desta constatação.

3. RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES: RESOLUÇÃO INCIDENTER TANTUM (MERA

COGNIÇÃO) E RESOLUÇÃO PRJNCIPALITER (DECISÃO)

Como visto, é importante frisar uma distinção: há questões que são postas como ftrndamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (cognitio); em relação às últimas, haverá também iudicium. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (thema decidendum).

As primeiras são as questões resolvidas incidenter tantum; esta fonna de resolução não se presta a ficar imune pela coisa ju lgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabil idade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa 4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "liem do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". Temas de direito processual civil. 2ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1 988, p. 243.

5. "Os litigantes fonnulam no processo afirmações, que constituem 'pontos' a

examinar. Se uma dessas afinnações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão. que é, portanto. o

·ponto controverso'." (ARAGÃO, Cgas Dirceu Moniz de. Semença e coisa julgada. Rio de Janeiro: A ide, 6. 1 992, p. 254).

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cil., p. 243.

7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 243.

8. JVIOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", p. 243.

julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução principaliter: compõem o objeto do juízo. Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisã.o judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

Dois exemplos podem ser úteis na compreensão da importância dessa distinção.

a) A ação declaratória incidental (arts. 5°, 325 e 470 do CPC) tem por util idade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial será resolvida incidenter tantum e, na forma do inciso Ili do art. 469, não ficará acobertada pela coisa j u lgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passa a ser objeto de resolução principa/ite1; compondo o thema decidendum; a solução que o magistrado lhe der poderá ser acobertada pela imutabilidade da coisa j ulgada (art. 470 do CPC). Com ação declaratória incidental, a análise da questão prejudicial muda: deixa de ser ela simples fundamento e passa a ser objeto de decisão do magistrado.

b) A inconstitucionalidade da lei federal, cuja aplicação in concreto se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer órgão j ulgador do Poder Judiciário. Como questão prejudicial, o magistrado resolvê-la-á incidenter tantum. O controle difuso da constitucionalidade das leis caracteriza-se exatamente por essa peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento de sua decisão. No entanto, a constitucionalidade da lei pode ser objeto de um processo; pode ser a questão principal, compondo o thema decidendum. É o que ocorre nos processos objetivos de controle concentrado da constitucional idade das leis (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Quando figurar como questão principal, a constitucionalidade da lei somente pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva para "decidir" sobre a questão. Note-se: enquanto todos os juízes podem "conhecer" desta questão (incidenter tantum; simples rundamento), somente o STF pode "decidir" sobre ela (principaliter; thema decidendum; objeto de j ulgamento). É por isso que não cabe ação declaratória incidental para decidir a "prejudicial de inconstitucionalidade": o magistrado não teria competência para tanto.

4. OBJETO DO PROCESSO E OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

A disti nção entre a questão principaliter e questão incidenter é muito importante para que se possam confrontar os conceitos de objeto cio processo e objeto litigioso elo processo.

O objeto do processo é conjunto do qual o objeto litigioso do processo é

elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das 343

questões postas sob apreciação judicial, o objeto litigioso do processo cinge-se a u m único tipo d e questão, a questão principal, o mérito d a causa, a pretensão processual.

Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o

segundo é o objeto da decisão.9

A demanda costuma ser considerada o ato que introduz o objeto litigioso e, portanto, define o objeto do ato final do procedimento. A demanda pode ser inicial (manejada com a petição inicial) ou ulterior (como é o caso das demandas recursais, incidentais, reconvencionais, deduzidas através de pedido contraposto, oposição, denunciação da lide etc.).

Discute-se muito sobre em que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir. O tema é tormentoso.10 Alguns doutrinadores não chegaram a qualquer conclusão, outros anunciam posição sem maior aprofundamento, mas, segundo a maior parte da doutrina", o objeto litigioso do processo é o pedido.

Há quem defenda que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir.12 Há uma tendência doutrinária de seguir esse entendimento 13, até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e de causa de pedir para a sua configuração (arts. 30 1 , § 2º, 474, ambos do CPC).

Note que, de acordo com esta concepção, também comporá o objeto litigioso do processo a demanda proposta pelo réu, por reconvenção ou pedido contraposto (sobre o tema, ver capítulo sobre a resposta do réu).

Sucede que esta concepção é insuficiente.

É que a participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor. Quando, em sua defesa, exerce um contradireito (direito que se exercita contra o exercício do direito do autor), como 9. Por ai se vê que o objeto do proce&so não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do 'judicium' mas também da simples 'cog11i1io'. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionados ou não, com o mérito, com o iaício, o desenvolvimento e o fim do processo". (SANCHES, Sydney. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo". Revis1a de Processo. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 44 e 45.) 10. Sobre o tema, SCHWAB, Karl Heinz. EI objelo liligioso en el proceso civil. Buenos Aires: EJEA. 1 968, especialmente as páginas 241-262. Ver. ainda, Araken de Assis, que elabora belo panorama das doutrinas alemã e brasileira sobre o tema:

Cumulação de ações. 4° ed. São Paulo: RT, 2002, p. 103- 1 2 1 .

1 1 . A LVLM, José Manoel d e Arruda. "Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil". Revista de Processo São Paulo: RT, 1 976, n. O 1 , p. 1 1 1 ; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Processo Civil brasileiro. 22 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1 O.

12. "O objeto litigioso do processo, ponanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo i11 slatus asser1io11is, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material'·. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi 110 processo civil. 2• ecl. São Paulo: RT, 2001, p. 1 3 1). Araken de Assis afirma que a definição de mérito, no direito brasileiro, não prescinde da causa de pedir. (C1111111lação de ações, cit., p. 1 16, nota 58.) 13. Por exemplo, LEONEL, Ricardo de Barros. "Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição". Causa de pedir e pedido 110 processo civil (questões polémicas). José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), São Paulo: RT, 2002. p. 367.



nos casos da compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que componí o objeto litigioso da decisão 14• O juiz decidirá sobre a existência deste contradireito como uma questão principal.

O contradirei to é uma situação jur[dica ativa 15 situação ele vantagem exercida

-

-

como reação ao exercício ele um direito. É um direito con tra um outro direito, assim como o antídoto é um veneno contra um veneno. É um direito que não é exercido por ação. A afirmação deste direito é feita na defesa, e não na ação 16•

Quando reconvém ou formula pedido contraposto, o réu afirma ter direito (e não um contradireito) contra o autor.

Os contradireitos servem para neutralizar a situação jurídica afirmada pelo autor, como no caso da prescrição ou da exceção de contrato não cumprido, ou extingui

-la, como no caso da compensação e do direito previsto no §4º do art. 1 .228 do Código Civil17• Há quem designe os primeiros de exceções substanciais 18, enquanto os outros seriam direitos potestativos exercitados na defesa 19. Talvez fosse prefe-14. Ludovico Mortara chamava os conlradireitos de "exceções reconvencionais", que, na sua visão, distinguiamse das "exceções simples" porque, enquanto estas eram consideradas como simples negativas do direito aflm1ado pelo autor, aquelas constituíam pretensão do réu que tinha por objetivo neutralizar a eficácia do direito afirmado pelo autor (MORTARA, Lodovico. Commentario dei Coe/ice e dei/e Leggi di Procedura Civile: della competenza; principii general i della procedura. 2 ed. Milão: Casa Ediu·ice Dottor Francesco Vallardi, (s.d.), v. li, p. 105). Amaral Santos explica a sua lese: "Em suma, segundo Mortara, as exceções reconvencionais seriam aquelas defesas do réu que, consistentes num direito seu, alargariam o tema decidendo originário, forçando o juiz a apreciá-lo e decidi-lo conjumamente com a pretensão do autor. Mas as contra-pretensões do réu, compreendidas nas exceções, não tenderiam senão a paralizar [sic), no todo ou em parte, a ação do autor. E nisso se distinguiriam ela ação reconvencionai, que tem também por objeto um direito do réu, do qual se serve, não para paralizar [sic] o direito do autor, mas, aproveitando da oportunidade que a ação lhe enseja, pedir alguma coisa em seu favor" (SANTOS, Moacyr Amaral. Da reconvenção no direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1 958, p. 128).

1 5. M ELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 2" ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185-86; CORDEIRO, António Menezes. Tí·atado ele direito civil português: parte geral. 3' ed. Coimbra: Almedina, 2007, t. 1 , p. 350-353; OLIVEIRA, Rafael Alexandria ele. Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 43.

16. Também nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspec1os processuais da exceção de conlrato não cumprido. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 36 e 38.

17. § 4" cio art. 1228 do Código Civil: "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

1 8. Nesse sentido, Rafael Alexandria de Oliveira, que entende por exceção substancial apenas o contradireito neulralizante; não, porém, o exlintivo (OLlVElRA, Rafael Alexandria ele. Aspec/os processuais da exceção ele conlrato não cumprido, cit., p. 43.). O autor segue a linha de Pontes de Miranda: M lRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes ele. Tra1ado de direi10 privado: parte geral. 4' ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 6.

19. Pontes de Miranda, por exemplo, afirma que as exceções são "inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensa<;ão, e com as pretensões ;\ decretação ele nulidade ou de anulação.

Não destroem, não extinguem; encobrem eflcácia" (M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tralado de direito privado: parle geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, l. 6, p. 4).

rível designar tudo como exceção substancial, que se dividiria em duas espécies, conforme a respectiva eficácia.

Ao exercitar um comradi.reito, o réu, em vez de negar o direito afimrndo pelo demandante, o supõe; exatamente por isso, o contradireito o tem em mira, para neutralizá-lo ou extingui-lo.

O réu, ao exercer um contradireito, afirma a causa deste contradi.reito e pede a

consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não consiste em mera alegação de fato impeditivo ou extintivo do direito afimrndo pelo autor, tampouco é uma defesa direta (nega os fatos afirmados pelo demandante ou questiona as consequências jurídicas pretendidas): trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um direito, uma situação jurídica ativa, cuja peculiaridade é exatamente ser exercida contra a afirmação de um direito feita por ouo·a pessoa.

O objeto litigioso, neste caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afi1111ação do direito pelo demandante (pedido + causa de pedir) +

afirmação do contradireito pelo demandando (pedido + causa da exceção).

Durante o processo, o objeto litigioso pode ser ampliado, com a propositura de demandas incidentais, tais como a denunciação da lide, a ação declaratória incidental proposta pelo autor e o incidente de falsidade documental.

A observação tem importante reflexo prático. A decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada material 20•2 1 . A não inclusão do contradireito exercido pelo réu no conceito de objeto litigioso gera uma situação esdrúxula: haverá uma espécie de direitos, que somente são exercidos como reação ao exercício do direito por outra pessoa, cuja apreciação 20. Revimos, assim, a concepção defendida até a 13' edição deste volume, em que seguíamos a concepção de que o objeto litigioso do processo seria composto apenas pelo pedido e pela causa de pedir contidos na petição inicial.

2 1 . Também com uma visão mais ampla da participação do réu na formação do objeto litigioso, embora partindo de premissas muito diforentes daquelas sustentadas por este Curso, MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. "O

rnérito do processo civil contencioso como uma unidade de tensões opostas". Tese de doutora111en10. São Paulo: PUC/SP, 2012, p. 92-120. No sentido do texto, MORTARA, Lodovico. Co111111emario dei Codice e dei/e leggi di Procedura Civile, v. li, op. cit., p. 104 e seguintes; DENTI, Vitorio. L'eccezione nel processo civile. Rivista Trimestra/e di Diril/o e Procedura Civile. Milão: Giuffri:, ano XV, p. 36 e seguintes, 1 96 1 ; MESQUITA, Luís Miguel ele

Andrade. Reconvenção e excepção no processo civil, o dilema da escolha emre a reconvenção e a excepção e o problema da falta de exercício do díreito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254. Recomendável, ainda, a consulta à obra de Heitor Sica, que defende uma visão ainda mais ampla da participação elo réu na formação do objeto da coisa julgada - para o autor, a contestação elo réu, em qualquer caso, é uma ação declaratória por ele proposta, que deve ser examínada pelo juiz como ques t ão

principal (S!CA, Heitor. O direito de defesa no processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 201 1, p. 245).

Em sentido diverso, entendendo que a afirmação da exceção substancial não compõe o objeto litigioso, ORlANI, Renato. Eccezione. Diges10 dei/e Discipline Privatistiche: sezione civíle. Turim: UTET, 1 99 1 , v.

Vil, p. 2 8 1). Também assim: COLESANTJ, Vittorio. Eccczíone (d ir. proc. civ.). E11cic/opedia dei dirilto.

Paelova: CEDAM, 1965, v. XTV, item 14; OLIVEIRA. Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da exceçcio de contrato ncio cumprido, cit., p. 49.



jurisdicional não poderia tornar-se indiscutível pela coisa julgada material - circunstância que, claramente, não condiz com os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Todo procedimento possui um objeto litigioso, que é o tema a ser resolvido pelo ato final, do qual todos os demais atos que o compõem são preparatórios. O objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes - com a possibilidade

de ampliação em razão da postulação do réu (com a afirmação de direitos, na reconvenção ou pedido contraposto, ou contradireitos, na defesa).

O exame da admissibilidade do procedimento nada mais é do que o exame da possibilidade de o objeto litigioso ser apreciado. Isso serve a qualquer procedimento, e não apenas ao procedimento principal: há objeto litigioso no recurso, na exceção de incompetência relativa, na exceção de suspeição, na reconvenção etc. Sobre o juízo de admissibilidade, ver item adiante.

5. OBJETO DA COGNIÇÃO J UDICIAL (TIPOLOGIA DAS QUESTÕES)

5.1. Consideração introdutória

Assentado que são as questões que compõem o objeto da cognição judicial, cumpre classificá-las. É importante frisar, de logo, que a classificação que segue contém tipos que não conco1Tem entre si, não se excluem. Um "pressuposto processual" é, por exemplo, a u m só tempo, uma questão de admissibil idade da causa e uma questão preliminar.

5.2. Questões de fato e questões de direito

Fato e norma são elementos essenciais ao fenômeno jurídico: a eficácia jurídica surge após a incidência da hipótese normativa no suporte fáctico concreto (fato ou conjunto de fatos); ex facto oritur jus. O fato jurídico é exatamente o fato ou conjunto de fatos aptos a produzir efeitos jurídicos, em razão da incidência; o efeito jurídico é a consequência normativa que decorre do fato jurídico.

Em qualquer postulação judicial, impõe-se ao requerente a descrição dos fatos e do enquadramento normativo do seu pleito. Isso acontece sempre, quer se trate de uma demanda inicial, quer se trate de um recurso, de uma contestação, de um requerimento de nulidade de ato, de produção de prova, de um juízo de retratação etc.

Assim, na tarefa de aplicação do direito, o magistrado haverá de examinar, inexoravelmente, questões de fato (quaestiones facti) e questões de direito (quaestiones iuris). A distinção entre uma e outra não é simples.22

22. Para aprofundamento, o impressionanle trabalho de conteúdo dogmático e filosófico, de Castanheira Neves.

Questão de facto - q11estüo de direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposiçüo crítica). Coimbra: Ahnedina, 1967, passirn. Ainda sobre o tema, LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1 997, p. 433-438 Na lileralura brasileira, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2002, p. 153- 1 65.

FREDIE Dm1ER JR.

O primeiro critério distintivo baseia-se no objeto da questão, na matéria sobre a qual versa: será fática a questão que tiver por objeto um fato; jurídica, aquela que tiver por objeto uma norma, um fato jurídico ou um efeito jurídico.

Não é, entretanto, o melhor critério. [sso porque é indiscutível que, no suporte fático concreto, se possa encontrar um fato jurídico (fato após a incidência normativa) ou um efeito jurídico (relação jurídica, direito, dever etc.).23 É possível "funcionar como quaestio facti uma questão que, olhada exclusivamente em seu objeto, mereceria inclusão entre as quaestiones iuris".24 Veja-se o exemplo da ação rescisória (art. 485 do CPC): boa parte dos fatos aptos a ensejar a rescisão da sentença envolve questões jurídicas (prevaricação, concussão e corrupção, inciso l do art. 485; violação a literal disposição de lei, inciso V do art. 485), e nem por isso se pode dizer que, vistas por uma perspectiva funcional, seriam elas questões de direito.

Convém, portanto, distingui-las com base em critério funcional.

Considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, é questão de fato ou questão de direito. Por exemplo: toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato.25

Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção26 do fato (ou conjunto de fatos) à norma.

Esta distinção é fundamental do ponto de vista prático.

As questões de direito podem ser apreciadas de-ofício pelo magistrado. Yige a regra do iura novit curia: do direito cuida o juiz; o magistrado não fica adstrito à iniciativa da parte para identificar a nonna jurídica que lhe caiba aplicar.27 Algumas questões de fato, como aquelas relacionadas à causa de pedir e às exceções em sentido estrito, não podem ser conhecidas pelo juiz sem que tenha havido provocação da parte ou do interessado (arts. l 28 e 460 do CPC); outras, no entanto, podem ser examinadas ex officio, como se percebe dos arts. 1 3 1 e

462 do CPC.28 As questões de direito não se submetem, em regra, 23. M ELLO. Marcos Bernardes de. Teoria do fato juridico -plano da existência. 1 O ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 4 1 -42.

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ·'Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Temas de direito process11al - q11arta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 208.

25. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ··considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 207.

26. Sabe-se que aplicação da norma não obedece a esquema tão simples; há aspectos valorativos que não podem ser olvidados. Para o objetivo deste estudo, a noção de subsunção é bastante.

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 2 1 0.

28. É por isso que o Tribunal não pode apreciar o pedido de rescisão da sentença com base em outro dispositivo violado, diverso daquele que foi indicado pelo autor na peiição inicial da ação rescisória. Se assim proceder o tribunal, violará o arl. 1 2 8 do CPC, pois aporta ao processo nova causa de pedir. (Por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória", cit., p. 2 1 0-2 1 1). A propósito.

enunciado n. 498 da súmula do TST,fine. "No entanto, fundando-se a ação rescisória no an. 485, inc. V. cio 348

à preclusão (podem ser alegadas a qualquer tempo, ressalvada a existência de anterior decisão a seu respeito), enquanto as questões de fato, ao contrário, no mais das vezes se lhe submetem (por exemplo, arts. 300 e 5 1 7 do CPC).

Há incidentes processuais que somente podem ter por objeto questões de direito, como são os casos do incidente de declaração de inconstitucionalidade (art. 480 do CPC) e do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 do CPC). Os recursos extraordinários (recurso extraordinário para o STF, art. l 02, UI,

CF/88; recurso especial para o STJ, art. 1 05, l l l, CF/88) somente podem ter por objeto de julgamento uma questão de direito.

As questões de fato compõem o objeto da prova; as questões de direito não requerem prova - não confundir, entretanto, com a prova do direito, a que se refere o art. 337 do CPC, pois, neste caso, o teor e a vigência do direito objetivo são encarados como fatos.

5.3. Questões preliminares e questões prejudiciais

Há questões que devem ser examinadas antes, pois a sua solução precede logicamente à de outra.29 O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, d ir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia. As questões prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares. É

importante lembrar, ainda, que, entre duas ou mais questões, pode existir uma relação de coordenação: "no sentido de que as duas questões, ou mais exatamente as soluções que se lhe deem, estão ordenadas a um fim comum".3º

Não se distinguem as questões prévias pelo seu conteúdo (mérito e não-mérito).

"O que importa, portanto, para a distinção entre prejudicial e preliminar, não é, assim, a natureza da questão vincu lada, mas o teor de influência que a questão vinculante terá sobre aquela (vinculada)".31 É equivocada a distinção que se faz entre prejudiciais (mérito) e preliminares (processuais). A distinção correta baseia-se na relação que mantêm as diversas questões postas à cognição judicial. É importante frisar, por isso mesmo, que os conceitos de questão preliminar e questão prejudicial são conceitos relativos: "não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y".32

Adota-se, mais uma vez, a concepção de José Carlos Barbosa Moreira.

Considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibil idade CPC, é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, do dispositivo legal violado, por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio 'iura novit curia'".

29. José Carlos Barbosa Moreira considera que melhor seria a menção a "questões prioritúrias", em vez de

"questões prévias", exatamente para que não houvesse dlivicla de que a precedência é lógica e não cronológica ("Questões prejudiciais e questões preliminares". Direito processual civil - ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1 9 7 1 , p. 76).

30. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.

3 1 . ALVIM, Thereza. Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada. Sílo Paulo: RT, 1977, p. 1 5 .

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p . 89.

de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva a primeira.33 A preliminar é uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma determinada questão. É como se fosse um semáforo: acesa a luz verde, permite-se o exame da questão subordinada; caso se acenda a vermelha, o exame torna-se i mpossível.34

Afüma-se que a questão preliminar não pode ser objeto de um processo autônomo.35

Essa afirmação somente se justifica se adotado o conceito estreito de questão, visto no item acima. É plenamente possível que uma questão principal (um pedido) seja preliminar a outro.

Dois exemplos: (a) O pedido de rescisão é preliminar ao pedido de rejulgamento na ação rescisória (art. 488, I, do CPC). (b) O exame da demanda principal é preliminar ao exame da denunciação da lide, pois, vencedor o denunciante, a denunciação não será exarninada.

José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares. Eis a sua classificação.

a) Preliminares ao conhecimento do mérito da causa. Os pressupostos de admissibilidade do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se IJ1es dê, podem impedir o exame do objeto do processo. Essas preliminares são questões processuais.

b) Preliminares de recurso: " . . . questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação . . ".36 São preliminares de recurso todos os seus requisitos

.

de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo.

c) Preliminares de mérito: ... as questões já situadas no âmbito do meritum causal,

"

mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v. g., a questão da prescrição)".37

Não parece que a prescrição seja sempre uma questão preliminar, como entende Barbosa Moreira. A prescrição é uma questão preliminar em relação às demais questões de defesa suscitadas pelo demandado: uma vez acolhida a prescrição. as demais alegações do réu nem serão examinadas. Sucede que a prescrição é,

porém, uma questão prejudicial ao exame do pedido (questão principal do processo): uma vez acolhida a prescrição, rejeita-se o pedido. Note que o pedido será examinado, mas não será acolhido. Reforça-se o que já se disse: uma questão não é essencialmente preliminar ou prejudicial. Essa qualificação dependerá sempre do tipo de relação de subordinação que a questão mantém com outra.

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a fonna do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronun-33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares'", cit., p. 87.

34. O exemplo é de Hélio Tornaghi (Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1 980, p. 143).

35. FERNANDES, Antônio Scarance. Prejudicialidade. São Paulo: RT, 1 988, p. 52.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comen1ários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, item 370, p. 679.

37. MOREIRA. José Carlos Barbosa. Co111en1ârios ao Código de Processo Ci1·i/. 1 1 ed., cit., item 370. p. 679.

É,

ciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser.38 A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista Uuiz) deve seguir. Costuma-se dizer que as questões prejudiciais podem ser objeto de um processo autônomo.39

São exemplos de questões prejudiciais: a) a validade do contrato, na demanda em que se pretende a sua execução; b) a fi liação, na demanda por alimentos; c) a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretenda a repetição do indébito tributário etc.

Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida principaliter), a doutrina costuma referir-se à causa prejudicial, ao invés de

"questão prejudicial", expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão

como visto, um problema tenninológico: basta que se tenha em vista que tanto é questão a que apenas será conhecida como aquela que, além disso, será decidida.40

A questão prejudicial pode ser interna, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, ou externa, quando está sendo discutida em outro processo.

A distinção é relevante para fins de suspensão do processo (art. 265, JV, "a", CPC).

Tratando-se de questão prej udicial interna, é possível que sua resolução não seja da competência cio juiz cio processo, ainda que este detenha competência para ju lgamento ela questão principal. Ocorrendo isso, três são as possíveis soluções: a) remessa de todo o processo para o juiz competente para o julgamento da questão prejudicial, que também teria a competência para o julgamento da prejudicada (como pode ocorrer com a aplicação do art. 555, § 1 º, do CPC);41 b) atribuição ao juiz da causa para, incidentalmente, resolver a questão prejudicial (por exemplo: art. 93, § 1 º, do Código de Processo Penal); c) cisão de julgamento, com a remessa do exame da questão prejudicial para a resolução pelo juiz detentor da competência exclusiva para a matéria tratada nesse julgamento incidental, retornando o processo, a seguir, ao juízo originário para a resolução da questão principal, de acordo com o que se houver decidido no incidente (é o que ocorre no incidente de declaração de inconstitucional idade em julgamento no tribunal: arts. 480-482 do CPC).42

A questão prejudicial pode ser homogênea, quando integrante ao mesmo ramo do Direito da questão subordinada (fi liação/alimentos, e. g.), ou heterogênea,

quando 38. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e queslões preliminares", cit., p. 83.

39. "Questão que se caracteriza por ser um anteccdcnlc lógico e necessário da questão prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento da questão subordinada, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo··. (FER ANDES, Antônio Scarance. Prejudicialidade, cit., p. 96) 40. FERNANDES, Antônio Scarance. Prejudicialidade. cit., p. 60, item 24.

4 1 . "§ 1 ° Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas cio tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso".

42. Sobre as soluções alvitradas, Adroaldo Furtado Fabrício. "A prejudicialidade de direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais". Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132-133. Os exemplos para as hipóteses "a" e

não foram citados por esse autor.

"b"

pertencentes as questões a ramos do Direito distintos (validade do casamento/crime de bigamia). Esta distinção tem relevância para a solução dos problemas relacionados à conexão por prejudicialidade. Se heterogênea e externa a questão prejudicial, dificilmente será possível a reunião dos feitos como efeito da conexão por prejudicialidade, por força da incompetência absoluta em razão da matéria, a determinar, por isso mesmo, a suspensão de um dos processos (art. 265, IV. "a", do CPC). Quando, não obstante a heterogeneidade, o juízo tiver competência material para conhecer de ambas, a reunião das causas se impõe,

em razão da conexão.

5.4. Condições da ação, pressupostos processuais e mérito: questões de admissibilidade e questões de mérito43

Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio:44 "pressupostos processuais" (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões.

Não está livre de críticas esta tripartição.

De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade. Dois são os j uízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso). Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, tertiwn 11011 datur (princípio lógico do terceiro excluído).

O legislador brasileiro, impressionado, sobretudo, com a teoria de Enrico Tullio Liebman, preferi u, no entanto, subdividir as questões de admissibilidade em duas categorias: as questões relacionadas ao processo e as questões relacionadas ao direito de ação. O curioso é que, na teoria geral dos recursos (que cuida do procedimento recursai), somente se cogita dos requisitos de admissibil idade e do mérito - e autores que adotam o trinômio não o fazem quando partem para examinar os recursos. A doutrina alemã, de igual modo, somente se refere ao mérito e aos pressupostos processuais. A opção decorre de um postulado lógico, como visto.

43. Celso eves vislumbra um quadrinômio de questões. Além dos pressupostos, haveria os supostos processuais: pressuposto é só o de existência (para o autor, o exercício do direito de ação); uma vez preenchido, o processo passa a existir e os problemas atinentes à sua validade já pertencem ao plano da sua estrutura, não podendo ser considerados como pressupostos seus, mas verdadeiros supostos, de que depende o seu desenvolvimento ulterior. Admite como pressupostos os requisitos que devem preexistir para que a relação jurídica processual exista;

supostos seriam os requisitos que deveriam coexistir para lhe determinarem validade (Es1ru111raf1111damen1al do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 199-200).

44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e questões preliminares", cit., p. 75.

Cândido Dinamarco, recentemente, não obstante seguidor de boa parte das concep

ções de Liebman, trilhou esse caminho nas suas Instituições, quando afirma que não há necessidade de distinguir os pressupostos de admissibilidade, "sendo tendência moderna o agrupamento de todos na categoria dos pressupostos do julgamento (ou pressupostos processuais, como está na lei e doutrina dos alemães)".45

A legislação brasileira e os doutrinadores adeptos da teoria dominante entendem que a categoria "condições da ação" é estranha ao mérito; tampouco pertenceria à órbita dos pressupostos processuais. Constituir-se-ia, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.46 Nem admissibil idade nem mérito. Haveria, pois, três juízos: sobre a admissibilidade, sobre a ação e sobre o mérito, embora só houvesse dois tipos de decisão: as que não examinam o mérito (por falta de pressuposto processual ou de condição da ação) e as que o examinam. A crítica à opção legislativa está no capítulo relacionado às condições da ação.

As condições da ação e os pressupostos processuais comporiam, de acordo com a sistematização do legislador brasileiro, uma categoria maior de questões: as questões de admissibilidade do processo. São chamados de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito ou requisitos de admissibilidade do processo.

Há requisitos de admissibilidade do procedimento principal (aquele instaurado pela demanda inicial), cuja falta compromete todo o processo (conjunto de todos os atos, quer pertençam ao procedimento principal, quer pertençam a procedimentos incidentais), e requisitos de admissibilidade de cada procedimento incidente/recursai que componha a estrutura da relação jurídica processual (requisitos de admissibilidade do recurso, das exceções instrumentais etc.), cuja falta inviabiliza apenas o procedimento a que se relaciona.

O juízo de admissibilidade do procedimento consiste na verificação da possibilidade de o objeto litigioso do procedimento ser apreciado.

Agora, as questões de mérito.

As questões de mérito (lato sensu) devem ser divididas: (a) Há as questões de

mérito (stricto sensu) que serão resolvidas pelo magistrado como simples fundamento: as defesas do réu, o exame da questão prejudicial, o exame da causa de pedir etc. - a doutrina geralmente designa apenas essas como questões de mérito; (b) E o mérito propriamente dito, que é a questão principal, o objeto litigioso. Não podem ser confundidas uma e outra, pois somente a decisão acerca destas (b) é que pode ficar imune pela coisa julgada (aliás, como já visto). Chama-se de juízo de mérito a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamentos).

45. lnsliluições de Direi/o Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 128. Também, do mesmo autor, lnstiluições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, n. 727, p.

616-618.

46. "Extinção do Processo e Méri10 da Causa". Ensaios sobre direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

FREDIE DlDIER JR.

É possível que algumas questões sejam de admissibi.lidade, em relação a um dado procedimento, e de mé1ito, em relação a outro. Jamais urna mesma questão pode ser de admissibilidade e ele mérito em relação a um mesmo proceclimento.47 Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. A "legitimidade ad causam" é uma condição da ação- questão de admissibilidade, pois -, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitim idade de uma das pa1tes;48 a competência do j uízo é, de regra, uma questão de admissibilidade, mas é questão de mérito na ação

rescisória por incompetência absoluta (art. 485, II, CPC), na exceção de incompetência relativa e nos embargos à execução contra a fazenda pública (art. 741, I, CPC).49 Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal uma condição da ação ou um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa j ulgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais.

Eis o ponto que se não pode ignorar: o órgão jurisdicional realiza dois juízos no processo: admissibilidade e mérito, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. Em cada um desses juízos, há questões incidentes e questão(ões) principal(is). A questão principal do juízo de admissibilidade é a validade do procedimento; a questão principal do juízo de mérito é o pedido e a sua respectiva causa de pedir. Todas as questões que devem ser examinadas para a solução dessas questões principais são questões incidentais. A observação é importante para que se possa defender a existência ele preclusão da possibilidade de discutir o juízo ele admissibilidade do procedimento (sobre o assunto, ver o capíh1lo sobre as providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo). É imprescindível, ainda, para que se compreenda a razão da necessidade ele, em um julgamento de tribunal, os votos serem colhidos separadamente para os j uízos de admissibilidade e de mérito (sobre o assunto, ver item a ele dedicado no capítulo sobre a ordem do processo nos tribunais, no v. 3 deste Curso).

6. ESPÉCIES DE COGNIÇÃO

O fenômeno cognitivo pode ser visualizado em dois planos, ainda de acordo com o estudo de Kazuo Watanabe.50

47. "É 11otória a existência de processos em que a questão de mérito tem de ser resolvida à luz de normas de direito processual" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. lirisconsórcio unitário. Rio ele Janeiro: Forense, 1972, p. 1 42).

48. "Lê-se com certa frequência, em minutas de julgamento e em acórdãos concernentes a recursos, que o órgão julgador, 'preliminarmente', rejeitou a arguição de ilegitimidade ad causam, ou a de prescrição, e assim por diante. Tal modo de falar deve ser evitado como equívoco: há confusão entre preliminar do recurso e preliminar da causa. A questão da ilegitimidade ou a da prescrição

pode constituir o próprio objeto ela impugnação do recorrente, de modo que, depois de decidi-la, o órgão julgador já nada mais teria que apreciar. O recurso, insista-se, terá sido julgado no mérito". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 cd., cit., p. 680).

49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito".

Temas de direito processual - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100-104.

50. Da cognição no processo civil, cil., p. 84-94.



TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL

Em primeiro lugar, o plano horizontal (extensão), que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição judicial. Aqui se definem quais as questões podem ser examinadas pelo magistrado. A cognição, assim, pode ser: a) plena: não há lim itação ao que o juiz conhecer; b) parcial ou limitada: l imita-se o que o juiz pode conhecer. O procedimento comum é pleno, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; o rito da desapropriação, no entanto, é de cognição limitada, porquanto não se possa, em seu bojo, discutir a validade do ato expropriatório. A

lim itação da cognição normalmente favorece à razoável duração do processo, daí a razão de muitos procedimentos especiais terem por característica exatamente a limitação cognitiva.

Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se com a coisa j ulgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas.

Combinam-se estas moclaliclades de cognição para a formação dos procedimentos.

Há procedimentos de cognição plena e exauriente, que são a regra. A solução dos conflitos de interesses é buscada através de provimento que se assente em procedimento plenário quanto à extensão do debate elas partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas dos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de produção de coisa julgada material. Prestigia-se o valor segurança.

A cognição pode ser parcial e exauriente: a limitação é apenas do que; quanto às questões que podem ser resolvidas, a cognição é exauriente, de sorte que a sentença Uulgado) tem aptidão para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta: a) as peculiaridades do d ireito material, e/ou; b) a necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar as questões controvertidas excluídas em demanda autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e razoável duração do processo, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa. São exemplos: a) embargos de terceiro (art. 1 .054); b) desapropriação.

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente "secundum eventum probationis": sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes.

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres: a) com supressão da fase probatória específica; ou b) procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção; c) ou, ainda, serve como instrumento ele política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo 355



e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente.

A decisão definitiva da questão principal fica condicionada à profundidade da cogni

ção que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa j ulgada material. São exemplos: a) procedimento de inventário, quando se afirma que a questão prejudicial surgida será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza; caso contrário, será considerada questão de alta indagação, devendo ser remetida para os meios ordinários (arts. 984 e l .000 do CPC); b) mandado de segurança (enunciado 304 da súmula da jurisprudência predominante do STF; art. 1 9, Lei Federal n. 1 2.0 1 6/09); c) desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo dúvida fundada sobre o domínio, o magistrado não deferirá a nenhum dos litigantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em ação própria (art. 34, caput, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/4 1 ; d) a disciplina da ação popular (art. 1 8 da Lei Federal n. 4.71 7/65) e das ações coletivas (art. 1 03 , 1 e II, do Código de Defesa do Consumidor).

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (secundum eventum defensionis): somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual. São exemplos: a) ação monitória (arts. 1 . 1 02 A

-

e segs.); e b) ação de prestação de contas (arts. 9 1 4-9 1 9 do CPC).

A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes (causa de pedir). Vejamos o exemplo da ação possessóna: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, sumariamente, se houve posse e o esbulho/turbação, para fim de concessão da medida liminar; na sentença, examinará as mesmas questões, desta feita em cognição exauriente.

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade e

verossimilhança; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabi tidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada). Caracteriza

-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.

São ambientes propícios à cognição sumária: a) processo de conhecimento de procedimento comum que admite liminar não-cautelar (art. 273 e a1t. 46 1 , §3º, do CPC) e cautelar (arl. 273, § 7°, do CPC); b) processo cautelar; c) processo de conhecimento de procedimento especial com possibil idade de concessão de tutela antecipada (ação possessória. art. 928 cio CPC, p. ex.).

CAPÍTULO XII

LITISCONSÓRCIO

Sumário • 1 . Conceito - 2. Classificação: 2. 1 . Ativo, passivo e misto; 2.2. Inicial e ulterior; 2.3. O confronto entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo - 3. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada - 4. Regime de tratamento dos litisconsortes - 5. Litisconsórcio eventual - 6. L

itisconsórcio alternativo - 7. Litisconsórcio sucessivo - 8. Litisconsórcio facultativo impróprio. Litisconsórcio recusável.

Litisconsórcio multitudinário - 9. Litisconsórcio necessário ativo - 1 O. A intervenção iussu iudicis (art. 47, par. ún., do CPC).

l. CONCEITO

Não há muita discussão sobre o conceito de litisconsórcio: reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu. Convém lembrar que se os l itisconsortes possuírem advogados distintos, seus prazos serão contados em dobro (art. 1 9 1 do CPC), regra especial que não se aplica ao prazo recursai, quando somente um dos litisconsortes houver sucumbido (enunciado n. 641 da súmula da jurisprndência do STF).

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. Ativo, passivo e misto

O l itisconsórcio pode ser ativo ou passivo, a depender do polo da relação processual em que ele se formar. Será considerado misto, se a pluralidade de pessoas ocorrer em ambos os polos da relação.

2.2. lnicial e u lterior

Litisconsórcio inicial é aquele que se forma contemporaneamente à formação do processo (art. 263 do CPC), quer porque mais de uma pessoa postulou, quer porque em face de mais de uma pessoa foi oferecida a demanda.

Litisconsórcio ulterior é aquele que surge após o processo ter-se formado. Tem de ser encarado como exceção, pois não deixa de ser evento que tumultua a marcha processual.

De três maneiras pode surgir o litisconsórcio ulterior: a) em razão de urna intervenção de terceiro (chamamento ao processo e denunciação da lide, por exemplo); b) pela sucessão processual (o ingresso dos herdeiros no lugar da parte falecida, art. 43 do CPC); c) pela conexão (arts. 103 e 105 do CPC), se impuser a reunião das causas para processamento sirnultâneo. 1

1 . DINAMARCO, CâDcliclo Rangel. Lilisconsórcio. 5 ed. São Puulo:

Malheiros Ed., 1 997, p. 330.

357

FREDIE DIDIER JR.

2.3. O confronto entre os litisconsórcios unitário, simples, necessário e facultativo O ponto mais importante e difícil, no estudo do litisconsórcio, diz respeito à relação que se precisa estabelecer entre os litisconsórcios unitário/simples e necessário/facultativo.

Vamos conceituar cada um deles, inicialmente. Comecemos pela classificação do litisconsórcio em unitário ou simples. Trata-se de divisão do l itisconsórcio que parte da análise do objeto litigioso do processo (e, portanto, da relação jurídica substancial deduzida em juízo).

Diz-se que há litisconsórcio unitário quando o provimento jurisdicional de mérito tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, para eles, julgamentos diversos. O julgamento terá de ser o mesmo para todos os litisconsortes. O litisconsórcio unitário é a unidade da pluralidade: vários são considerados um; o /itisconsórcio unitário não é o que parece ser, pois várias pessoas são tratadas no processo como se fossem apenas uma. Para que assim se caracterize o litisconsórcio, dependerá ele da natureza da relação jurídica controvertida no processo: haverá unitariedade quando o mérito do processo envolver uma relação jurídica indivisível. É imprescindível perceber que são dois os pressupostos para a caracterização da unitariedade, que devem ser investigados nesta ordem: a) os litisconsortes discutem uma única relação jurídica; b) essa relação jurídica é indivisível.

Vejamos o caso da solidariedade. É possível o surgimento de litisconsórcio em processos em que se discuta uma obrigação solidária. Nestes casos, haverá o preenchimento do primeiro pressuposto: os litisconsortes discutem uma relação jurídica. Sucede que nem sempre a obrigação solidária é indivisível, embora toda obrigação indivisível com pluralidade de credores/devedores seja solidária. Assim, é importante frisar que a solidariedade não implica, necessariamente, unitariedade. Credores/devedores solidários podem ser litisconsortes unitários (se a obrigação solidária for indivisível) ou simples (se divisível).

Há estreita relação entre o /itisconsórcio unitário e a colegitimação: para que duas ou mais pessoas estejam em ju1zo discutindo uma mesma relação jurídica material, é preciso que tenham elas legitimidade ad causam para tanto; ou seja, é preciso que sejam colegitimadas. Assim, pode surgir /it;sconsórcio unitário quando se "litisconsorciem"

para a defesa da mesma relação jurídica: a) dois legitimados ordinários, como dois condôminos em demanda para proteger a coisa comum; b) um legitimado ordinário e um extraordinário, como são os casos dos litisconsórcios entre denunciante e denunciado (arts. 74 e 75, l, CPC) e adquirente e alienante da coisa litigiosa (art. 42,§ 2°, CPC); c) legitimados extraordinários, como é o caso do litisconsórcio entre legitimados para a tutela coletiva (p. ex., litisconsórcio

entre o MP estadual e o M P Federal).

O regime da unitariedade não cogita de ser indispensável, ou não, a formação do litisconsórcio. Atua num outro momento, posterior à necessariedade de sua fom1ação (e, por isso, comumente chamado de "segundo momento"):2 diante do litisconsórcio 2. Sobre a expressão, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio, ob. cit., p. 160.



já efetivamente formado, regula ele, a partir do exame do objeto litigioso, a uniformidade do julgamento quanto aos l itisconsortes. É importante não relacionar, neste momento, o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário, que pertence a outra classificação.

O litisconsórcio comum (ou simples) é aquele em que a decisão judicial pode ser diferente - a mera possibilidade de a decisão ser diferente j á torna simples o l itisconsórcio.

Ocorre quando há uma pluralidade de relações jurídicas sendo discutidas no processo ou quando se discute urna relação jurídica cindível (como nonnalmente ocorre nos casos de sol idariedade, conforme já visto). O litisconsórcio simples é o que parece ser: cada um dos litisconsortes é tratado como parte autônoma.

Agora, examinemos a outra classificação: litisconsórcio necessário/facultativo.

Já o litisconsórcio necessário está ligado mais diretamente à indispensabilidade da integração do polo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza desta relação jurídica (unitariedade), seja por imperativo legal. A necessariedade atua, por isso, na formação do litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado. O litisconsórcio necessário revela casos de legitimação ad causam conjunta ou complexa.3

A noção de litisconsórcio facultativo retira-se por exclusão à de litisconsórcio necessário. Facultativo é o litisconsórcio que pode ou não se fonnar; trata-se do litisconsórcio cuja fom1ação fica a critério dos litigantes. Com o perdão pelo truísmo: o litisconsórcio será facultativo quando não for necessário. E quando ele é necessário? Vejamos.

É o art. 47 do CPC4 que trata mais especificamente das hipóteses em que o litisconsórcio será, ou não, necessário. Por duas razões, diz o dispositivo aludido, ter-se-á o litisconsórcio necessário: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica deduzida em juízo (ou seja: quando for unitário) ou b) quando o exigir a lei, independentemente da natureza da relação jurídica deduzida em juízo. Assim, percebe-se que o art. 47 do CPC pretendeu, corretamente, ligar a necessariedade, em princípio, à unitariedade: "o litisconsórcio será necessário, diz o texto com outras palavras, sempre que unitário. Mas será necessário

também, disse-o agora sem muita clareza, quando assim o dispuser a lei.

O que em certos casos deriva de específica disposiçã.o de lei é, portanto, a necessariedade do litisconsórcio e não a sua unitariedade".5

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. li, p. 312. " ... a legitimidade ordinária de cada colegitimado está chumbada à dos demais, de modo a só se completar com o concurso de todos os legitimados ... " (ARM ELIN, Donaldo. legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 1 1 9.)

4. Art. 47. "Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

5. D!NAMARCO, Cândido Rangel. litisconsórcio, ob. cit., p. 1 4 1 . No mesmo sentido, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Escritos de direito processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 285.

Daí se pode chegar já a uma conclusão: é perfeitamente possível que haja litisconsórcio necessário comum (ou simples, ou não-unitário). Basta que a lei, por questão de conveniência e buscando preservar o princípio da hannonização dos julgados, e principalmente por economia processual - que é um dos fins a que se presta o próprio instituto do l itisconsórcio -, imponha a necessariedade. O litisconsórcio necessário-simples é, basicamente, o litisconsórcio necessário por força de lei.

Dá-nos exemplos Ovídio A. Baptista da Silva: "No chamado Litisconsórcio necessário simples, a sentença não necessita ser uniforme para todos os litisconsortes. É o que se dá na ação de divisão e demarcação (arts. 952 e 967 do CPC); na ação de usucapião (art. 942 do CPC), em que haverão de ser citados, além das pessoas jurídicas de direito público (União Federal e Estado), todos os confrontantes da área usucapienda e ainda os possíveis interessados incertos; e nas ações de inventário e partilha (art.

999 do CPC). Nestes casos, a sentença poderá tratar, e normalmente trata, diversamente cada litisconsorte. A reunião deles numa única demanda decorre mais de uma opção do legislador do que propriamente das relações jurídicas materiais relativas a cada litisconsorte e destes em relação ao seu oponente na causa".6 Outro exemplo de litisconsórcio necessário por força de lei é o do art. 1 O, § 1 º e incisos, do CPC.

Durante algum tempo se entendeu que o litisconsórcio unitário era uma espécie do gênero /itisconsórcio necessário. Assim, pensava-se que o litisconsórcio poderia ser necessário simples, quando houvesse a possibilidade de julgamento heterogêneo, ou necessário unitário, quando o j ulgamento tivesse de ser único quanto a todos os litisconsortes.

A equivocada visão, porém, foi superada. "O processualista brasileiro moderno coloca corretamente em planos diversos os dois fenômenos, consciente de que são problemáticas distintas a da indispensabil idade da integração de todos os colegitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo".7

A regra fundamental estabelecida pelo art. 47 do CPC é de que o litisconsórcio será necessário sempre que unitário.8 Mas essa regra comporta exceções, não evidenciadas pela simples interpretação literal do aludido dispositivo: há também situações de litisconsórcio unitário facultativo (ou não-necessário).

6. Comenrários ao Código de Processo Civil, vol l. São Paulo: RT, 2000, p. 2 1 1 . Para uma extensa lista de exemplos, cf. DrNAMARCO, Cândido Rangel. Lirisco11só1r:io, ob. cit., p. 1 97-203.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. Lirisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 122. Sobre o tema, ef. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O litisconsórcio e seu duplo regime", in Direiro processual civil.

Rio de Janeiro: Bor.;oi, 1 97 1 , p. 39 e seguintes.

8. Isto se dá pelo fato de que ambos são, no dizer de DrNAMARCO, "expressões de uma só ideia, qual seja a inadmissibilidade de cindir determinada relação jurídica". E continua, afirmando que "seria insuficiente exigir que, em certos casos, o julgamento fosse homogêneo e coerente entre os co-litigantes, pem1itindo embora que a causa se processasse sem a presença de todos eles: por outro lado, nesses casos 'não teria sentido obrigar diversos sujeitos a estar em juízo juntos', não fora para com isso garantir o tratamento unit {1rio de seus interesses" (Li1isco11sórcio, ob. eit., p. 1 59). No mesmo sentido, cf. BEDAQUE, José Roberto cios Santos. Direi/o e processo. São Paulo: Malheiros Ed., 1 995. p. 89. É essa íntima ligação que, por vezes.

leva à confusão feita entre os instirutos.

LITISCONSÓRCIO

As situações de litisconsórcio facultativo unitário ocorrem notadamente quando o litisconsórcio unitário deveria formar-se no polo ativo da relação jurídica processual, mas se reconhece a legitimação ordinária individual ou mesmo a legitimação extraordinária para a propositura da demanda. A facultatividade ocorre porque: a) não se pode condicionar o direito de ação do autor à participação dos demais colegitimados como litisconsortes ativos e b) proposta a demanda sem a presença de todos os colegitimados, não poderia o magistrado ordenar a integração do polo ativo pelos colegitimados faltantes, já que não é

admissível, no nosso sistema, que alguém seja obrigado a litigar, como autor, em demanda judicial".9 Em suma, o litisconsórcio necessário é sempre passivo. Sobre a inexistência de litisconsórcio necessário ativo, ver item adiante.

Eis alguns exemplos de litisconsórciofacultativo unitário retirados da extensa lista trazida por Cândido Rangel Dinamarco: a) ação reivindicatória da coisa comum, que pode ser proposta por qualquer dos condôminos (art. 1 .3 14 do CC-2002); b) ação para haver de terceiro a universalidade da herança, para a qual tem legitimidade isolada qualquer dos co-herdeiros (art. 1 .791 do CC-2002); c) ação de deserdação, que pode ser proposta por qualquer pessoa a quem aproveite a deserdação; d) ação de dissolução de sociedade, que pode ser proposta por qualquer dos sócios; e) ação de anulação ou declaração de nulidade de deliberação de assembleia de sociedade, que poderá ser proposta por qualquer dos sócios; f) ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, independentemente da adesão de outros cidadãos também colegitimados (art. 5.0, LXXII l, da CF; art. 1 .0 da Lei n.º 4.7 1 7/65); g) ação civil pública, que pode ser proposta pelo Ministério Públ ico, pelas pessoas jurídicas componentes da Administração Pública direta e indireta e por associações (art. 5.0

da Lei n.º 7.347/85).1º

Por conta disso, vem-se entendendo que o litisconsórcio unitário, quando for passivo, será também necessário (aplicando-se a regra geral do art. 47 do CPC), mas, quando for ativo, será sempre facu/tativo. 1 1

Diante dessa situação - demanda proposta por u m litigante, mas que poderia ter sido proposta por mais de um, em litisconsórcio unitário-, é prudente que o magistrado, porquanto não possa extinguir o feito por carência do direito de ação, tampouco possa exigir a presença obrigatória, no polo ativo da relação, dos demais colegitimados, determine a intimação daqueles que seriam, tal como o autor, titulares da mesma relação jurídica deduzida em juízo, e que estariam, assim, submetidos à coisa julgada. Essa providência tem o objetivo de dar ciência do litígio ao possível litisconsorte unitário, para que possa tomar a providência que lhe convier- intervir no processo, por exemplo (a intervenção 9. No mesmo sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio, ob. cit., p. 1 88- 1 9 1 . Em sentido oposto, entendendo essencial que os demais litisconsortes ativos sejam trazidos ao processo, sob pena de extinção sem julgamento ele mérito por falta de legitimação para agir, cf. AMARAL SANTOS, Moacyr.

Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 11. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

1 O. Ver extenso rol de exemplos trazidos por Cândido Rangel Dinamarco, litisconsórcio, ob. cit., p. 1 9 1-195.

1 1 . "O fenômeno do litisconsórcio unitário facultativo, se não é próprio do lado ativo da relação processual, pelo menos é aí que se manifesta com muito mais acentuada frequência, talvez com exclusividade" (Dl

NAMARCO, Cândido Rangel. litisconsórcio, ob. cit., p. 1 88).

S

aí seria por meio da assistência litisconsorcial). Isto vai permitir que, tendo ou não ingressado no processo, a esse colegitimado se estendam os efeitos da coisa julgada, agora sem mais qualquer discussão. Eis aí uma hipótese de intervenção iussu iudicis de inegável importância prática, examinada linhas adiante. Sobre a polêmica a respeito da extensão da coisa julgada ao terceiro possível litisconsorte unitário, ver item seguinte.

Em resumo, pode-se estabelecer quatro regras mnemônicas: a) litisconsórcio necessário-unitário: no polo passivo, como regra, embora não seja absurda a hipótese de um litisconsórcio unitário passivo facultativo (solidariedade passiva em obrigação indivisível); b) l itisconsórcio necessário-simples: quando a necessariedade se der por força de lei; c) l itisconsórcio facultativo-unitário, no polo ativo, quase que exclusivamente; d) litisconsórcio facultativo-simples, que corresponde à generalidade das situações.

3. LITlSCONSÓRCJO FACULTATIVO UNITÁRIO E COISA JULGADA

Já dissemos que há uma relação muito próxima entre colegitimação e l itisconsórcio unitário.

Quando há vários legitimados autônomos e concorrentes, há legitimação extraordinária, porque qualquer um pode levar ao Judiciário o mesmo problema, que ou pertence a um dos colegitimados, ou a ambos ou a um terceiro. Se a colegitimação é passiva, e há unitariedade, o litisconsórcio necessário impõe-se sem qualquer problema: como ninguém pode recusar-se a ser réu, o litisconsórcio formar-se-á independentemente da vontade dos litisconsortes. Se a colegitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos colegitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário.

Questão das mais tonnentosas sobre o litisconsórcio é a extensão subjetiva da coisa julgada aos titulares do direito em concurso que não propuseram a demanda. A extensão da coisa julgada àquele que poderia ter sido litisconsorte unitário mas não o foi é uma das grandes polêmicas do prece so civil, até hoje sem uma solução imune a sérios questionamentos.

Há três correntes.

a) Como os casos de litisconsórcio facultativo unitário são, rigorosamente, casos de legitimação extraordinária, pois alguém está autorizado a, em nome próprio, levar a juízo uma situação jmídica que não lhe pertence (no caso de litisconsórcio unitário formado pelo titular do direito e por um terceiro) ou que não lhe pertence exclusivamente (no caso de litisconsórcio unitário formado por co-titulares do direito, como os condôminos), a coisa julgada estenderá os seus efeitos aos demais colegitimados, titulares do direito ou outros legitimados extraordinários, pois a relação jurídica já recebeu a solução do Poder Judiciário,

solução que deve ser única. Seria hipótese de extensão ultra partes dos efeitos da coisa julgada, mitigando a regra do art. 472 do CPC.

362

L rnscoNsóRc10

Esse é o entendimento que adotamos, seguindo a linha de, entre outros, Barbosa Moreira12 e Ada Pellegrini Grinover13•

b) Uma segunda corrente prega a extensão subjetiva da coisa julgada secundum eventum litis. Assim, a coisa julgada somente se estenderia aos demais titulares do direito se fosse para beneficiar - a doutrina costuma dizer que somente se estende em caso de procedência do pedido14. É a posição menos aceita, até pelo fato de o outro titular poder não querer o resultado alcançado por aquele que demandou. Por exemplo: um sócio logrou anular uma decisão da Assembleia; talvez o outro sócio quisesse, ao contrário, mantê-la ainda em vigor.

e) Uma terceira corrente, que obteve a adesão de, por exemplo, Eduardo Talamini15, segue a linha do quanto prescrito no art. 472 elo CPC: em nenhuma hipótese haverá a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, que somente opera inter partes.

4. REGIME DE TRATAMENTO DOS LJTISCONSORTES

Sobre a influência que a conduta de um litisconsorte pode ter em relação ao outro, três são as regras básicas que devem ser seguidas. As diferenças ele tratamento j ustificam-se pelos regimes do litisconsórcio, se unitário ou simples.

Se o l itisconsórcio é unitário, o tratamento dos litisconsortes eleve ser uniforme, pois a decisão haverá de ser a mesma para todos; se o l itisconsórcio é simples, os litisconsortes são tratados como pai1es distintas, sendo que os atos ele um não beneficiam nem prejudicam o outro (aplica-se, à perfeição, a regra elo art. 48 do CPC).

12. Ver o estudo fundamental, a despeito de ter sido escrito sob a vigência do CPC/39: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente". ln Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294, também publicado na RT

4 1 0.

13. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Coisa julgada e terceiros". Revista lv/agister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magisler, 2006, n. 12, p. 7- 1 1 . Com esse artigo, a autora reviu, expressamente, seu posicionamento anterior contrário à extensão da coisa julgada ao terceiro que não participou do processo, exposto em GRlNOVER, Ada Pellegrini. Ações concorrentes - Pl11ra/idade de partes legítimas à impugnação de um único ato. fn: LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença, cit., p. 238-243.

14. Lembrada por Liebman, Ações concorrentes .. ., cit., p. 239. Liebman segue esse posicionamento, embora afirme não se tratar de extensão secundum even/l/m litis dos efeitos da coisa j ulgada, mas sim de diversidade dos efeitos da sentença (Ações concorrentes .. ., cit., p. 228). Também adota esse posicionamento, GllECO, Leonardo. Teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 4 1 .

1 5. TA.LAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". Aspeclos polêmicos e atuais sobre os /erceiros no processo civil e assuntos a.fins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 222-225. Para o autor, alguns critérios devem ser observados para que haja essa extensão: "(i) se o sujeito teve a prévia opo1tunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído ... ; (ii) se o sujeito tinha (ou, co1úorme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente" (cit., p. 223-224). Também assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro, 1 992, p. 302.

FREDJE DIDIER JR.

Antes de sintetizar as três regras anunciadas, é necessário que se estabeleça a distinção entre condutas detenninantes e condutas alternativas.

Considera-se determinante a conduta da parte que a leva, inexoravelmente, a uma situação desfavorável, como, p. ex., a confissão, a revelia, o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se

funda a demanda etc. A conduta alternativa é aquela que pela qual a parte busca uma melhora da sua situação processual

- é alternativa porque esse resultado al mejado não ocorrerá necessariamente, mas é o que se busca. São exemplos: recorrer, contestar, fazer prova etc.16

Feita a diferenciação, ei-las as regras.

1) A conduta determinante de um litisconsorte não pode prejudicar o outro, qualquer que seja o regime de l itisconsórcio - veja que no unitário essa conduta será totalmente ineficaz, enquanto no simples somente poderá prejudicar o litisconsorte que a perpetrou; 2) No litisconsórcio simples, a conduta alternativa de um litisconsorte não aproveita aos demais. Cumpre apontar duas situações excepcionais, que merecem análise separada.

De acordo com o princípio da aquisição processual ou da comunhão, a prova uma vez produzida passa a pertencer ao processo, sendo irrelevante saber quem a produziu.

Assim, a prova produzida por um litisconsorte simples pode ser aproveitada pelo outro, se houver fato que se queira provar comum a ambos.

Prevê o art. 320, I, do CPC, que a contestação apresentada por um litisconsorte elide as consequências da revelia do outro litisconsorte. Essa regra, que se refere a uma conduta alternativa (apresentar contestação), aplica-se sem ressalvas ao litisconsórcio unitário. Em relação ao litisconsórcio simples, é possível que a contestação de u m beneficie o litisconsorte revel, s e houver fato comum a ambos que tenha sido objeto da impugnação daquele que contestou. Ora, se o fato foi contestado por um, e esse fato também diz respeito àquele que foi revel, não poderia o magistrado considerar o fato 1 6. Barbosa Moreira confere outro sentido f\s locuções comportamento determinante e comportamento alternativo. Para o autor os comportamentos determinantes são aqueles a que a lei confere influência decisiva no desfecho do pedido - que pode ser um aro ou omissão. Ex.: revelia, omissão de recorrer, desistência da ação. A cada comportamento determinante corresponde um comportamento alternativo.

Os comportamentos alternativos são aqueles que não têm a característica de predeterminar, nem mesmo parcialmente, o conteúdo da regra jurídica concreta cuja formulação se visa. Ex.: contestar, recorrer, prosseguimento do processo (não desistência). (Li1isconsórcio unirário. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 1 6

1 - 1 62.) O autor critica a doutrina que tenta distinguir comportamentos favoráveis e desfavoráveis cios litisconsortes, para dizer que só aqueles primeiros se estendem, por ser o mais justo. Primeiro porque

"nem sempre é fácil caracterizar como ' favorável' ou 'desfavorável'o comportamento determinante. Num mesmo comportamento determinante pode coexistir aspectos 'favoráveis' e aspectos 'desfavoráveis' a quem o adote: basta lembrar o caso da traJ1Sação". Segundo porque o objetivo da lei "não é o de proteger os litisconsorles omissos, permitindo-lhes auferir proveito da atuação dos comparecentes e contudo imunizando-os às desvantagens dessa mesma aruação (...) A ralio legis consiste unicamente - é sempre oportuno repelir- na necessidade de assegurar a solução homogênea do litígio". (Lirisconsórcio unirário.

Rio de Janeiro: Forense, 1 973, p. 174- 1 75.)

como existente para um, em razão da confissão ficta oriunda da revelia (art. 3 1 9 do CPC), e não existente para o outro, que apresentou defesa.

3) No litisconsórcio unitário, em razão da necessidade de tratamento uniforme, a conduta alternativa de u m litisconsorte estende os seus efeitos aos demais. Exemplo disso é a regra do caput do art. 509 do CPC, que amplia a eficácia subjetiva do recurso interposto por um litisconsorte para beneficiar os outros, se o caso for de litisconsórcio unitário. 17 Convém l embrar, porém, que, por opção

legislativa, o recurso interposto por um devedor solidário estende os seus efeitos aos demais, mesmo não sendo unitário o litisconsórcio18 - pois a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibil idade ou não do bem jurídico envolvido (arts. 257-263 do CC-2002).

5. LJTISCONSÓRCIO EVENTUAL

Cândido Rangel Dinamarco aborda o tema:

"Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na ltália pouco se escreveu a respeito, existindo algumas mani !'estações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (cúmulo eventual), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em beneficio de um dos dois (cúmulo alternativo)?"19

O CPC-73 autoriza que se formulem mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro. É a chamada cumulação eventual ou subsidiária, concretizada no artigo 289 deste diploma legal. Em assim sendo, repita-se a pergunta de Cândido Rangel Dinamarca: será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil?2º A resposta é positiva. O curioso é que, no particular, haverá litisconsórcio sem consórcio, pois os litisconsortes serão adversários.

"Certas situações em que o litisconsórcio facultativo se apresenta como alternativo ou como eventual constituem demonstração viva de que o litisconsórcio em si mesmo 1 7. "Ao litisconsórcio unitário, e somente a ele, deve aplicar-se o disposto no ai1. 509, caput, porque a extensão dos efeitos do recurso aos co-litigantes omissos não tem senão uma razão de ser, que é precisamente a de impedir a quebra da u niformidade na disciplina da situação litigiosa". (MOREffiA, José Carlos Barbosa.

Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 381).

1 8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 382-383.

19. lilisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 390-391.

20. Ob. cit., p. 391 .

365

não representa um consortiurn entre dois ou vários sujeitos ligados no processo com vista ao mesmo destino, á mesma sors ".21

Segundo Araken de Assis, trata-se de fenômeno que normalmente ocorre no polo passivo da demanda.22 Muito importante no tratamento processual da desconsideração da personalidade j urídica.23 No litisconsórcio eventual a procedência de um pedido implica a improcedência do outro, podendo, ainda, obviamente, ambos ser improcedentes.

6. LITISCONSÓRClO ALTERNATIVO

Embora não haja, no direito positivo, previsão expressa e genérica da técnica da cumulação imprópria alternativa, têm-na aceitado a doutrina e a jurisprudência, a partir de uma interpretação mais elástica cio art. 289. Consiste na formulação, pelo autor, de mais de urna pretensão, para que uma ou outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência. É cumulação imprópria, pois somente um dos pedidos formulados poderá ser atendido.

Diferencia-se da cumulação eventual, porque nesta o autor demonstra preferência em relação a um dos pedidos. Não se trata do pedido alternativo do art. 288, que é pedido único, fundado em obrigação alternativa (que se caracteriza por permitir o adimplemento por mais ele uma forma).24 Aqui, são no mínimo dois pedidos autônomos, formulados para que se acolha apenas um deles.

Conquanto não haja norma genérica, vislumbra-se situação específica de cúmulo alternativo na consignação em pagamento, que revela um litisconsórcio alternativo : na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual das duas se acha juridicamente ligado (art. 895, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao j ulgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor.25 O litisconsórcio alternativo é facultativo simples.

2 1 . DINAMARCO, Candido Rangel. Litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 397-398.

22. Cumulação de ações. 4 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 168.

23. Ver, também, Genacéia da Silva Albenon ("A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor

-Aspectos Processuais". Revis1a de Direi/o do Consu111ido1: São Paulo: RT, v. 7, p. 25-26.) e Flávia Lefevre Guimarães (Desconsideração da personalidadejurídica 110 Código do Consumidor-A�pectos processuais.

São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 147); DIDIER Jr., Fredic. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier .Ir. (org.). Salvador: Editora JusPODIVM, 2007. Percebeu o ponto Ronnie Preuss Duarte, ao defender a aplicação do litisconsórcio subsidiário em casos de responsabilidade subsidiária: "Em casos tais, o afastamemo de possibilidade do lilisconsórcio subsidiário implica a necessidade do prévio exaurimento da instância contra o devedor principal para que, só então, admita-se o direcionamento da demanda contra o subsidiariamente obrigado" (DUARTE, Ronnie Preuss. "Lit.isconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39-40).

24. Tratando o pedido alternativo como se fosse cumulação alternativa, Ricardo Tjiider, Cumulação eventual, p. 35; DUARTE, Ronnie Preuss. "Litisconsórcios alternativo e subsidiário no processo civil brasileiro".

Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 39.

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1 998, p. 393.

LITISCONSÓRCIO

Araken de Assis informa que o litisconsórcio alternativo normalmente ocorTe no polo ativo.26

7. LITISCONSÓRCIO SUCESSIVO

Há a possibilidade de cumulação sucessiva de pedidos, de modo que o segundo pedido somente possa ser acolhido se o primeiro também o for - trata-se de um dos casos de cumulação própria de pedidos, a ser examinado no capítulo sobre a

petição inicial e o pedido.

A cumulação sucessiva de pedidos pode dar origem a um l itisconsórcio em que cada litisconsorte formule um pedido, mas o pedido de um somente pode ser acolhido se o pedido do outro o for. É o caso, por exemplo, do litisconsórcio entre mãe e filho, no qual o segundo pleiteia a investigação de paternidade e a primeira, o ressarcimento com as despesas do parto. Ambos os pedidos podem ser acolhidos - por isso o caso é de cumulação própria de pedidos Mas o pedido da mãe somente pode ser acolhido se o pedido do filho o for27.

8. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO IMPRÓPRIO. LITISCONSÓRCJO RE

CUSÁVEL. LITISCONSÓRCIO MULTITUDINÁ RIO

Há quem identifique três tipos de litisconsórcio: a) por comunhão (art. 46, 1, CPC); b) por conexão (art. 46, II e III, CPC); c) por afinidade (art. 46, TV, CPC). A esse último dá-se o nome de litisconsórcio impróprio. "Entre eles há, como facilmente se nota, uma escalada de intensidade do vínculo que une os litisconsortes, desde um vínculo fortíssimo, representado pela comunhão, até um muito tênue, a mera afinidade de questões".28

São exemplos de litisconsórcio por comunhão, o litisconsórcio formado pelos condôminos para a proteção do condomínio e o litisconsórcio formado em razão de uma obrigação solidária. O litisconsórcio entre denunciante e denunciado à lide e o litisconsórcio facultativo sucessivo entre mãe e filho (examinado em item anterior) são exemplos de litisconsórcio por conexão. O litisconsórcio que se forma pelos indivíduos titulares de direitos individuais homogêneos (situações repetitivas) é exemplo de litisconsórcio por afinidade.

Denomina-se "impróprio", "porque fundado numa conexidade imprópria"29 - "quando a decisão das causas depender, total ou parcialmente, da resolução de questões idênticas".30

Trata-se ele litisconsórcio que jamais pode ser unitário,31 sendo sempre facultativo e ativo.32

26. Cumulação de ações. Cit, p. 168.

27. Sobre o assunto, ASSIS, Araken de. Cu11111laçcio de ações, cit., p. 169.

28. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, V. 1, p. 172.

29. DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 9 1 .

30. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, J 986, v. 1, p. 109.

3 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário. Rio de Janeiro: Forense, 1 972, p. 1 94.

32. Não é possível o litiseonsóreio por afinidade passivo, tendo em vista o disposto no art. 292, caput, CPC, que permite ao autor cumular pedidos apenas contra o mesmo réu, ou todos os pedidos contra todos os réus, exigência que somente pode ser atendida se houver comunhão ou conexão.

fREDIE DIDIER JR.

Explica-o Dinamarco:

"Exatamente porque tênue o laço entre as demandas (mera afinidade, menos que a conexidade), o litisconsórcio impróprio constitui um dos 'dois tipos extremos' da litisconsorcialidade, em oposição ao litisconsórcio necessário, que é o mais sólido.

Recebe legitimação no sistema quase só pela economia processual que é apto a

propiciar, porque menos sensível será o conflito entre julgados sobre causas apenas afins (não conexas)".33

Sob o regime do CPC-39, art. 88, o litisconsórcio facultativo impróprio ativo poderia ser recusado pelo réu, que não precisava indicar as razões de sua recusa - nesses casos, o litisconsórcio somente se formava se houvesse acordo da parte autora com a parte ré.34

O litisconsórcio por conexidade era, porém, irrecusável.

A terminologia, porém, não é util izada da mesma forma. Havia quem considerasse que o litisconsórcio impróprio era o por conexidade, ao passo que o litisconsórcio por afinidade era que deveria ser chamado de litisconsórcio próprio. Ou seja, invertia-se a terminologia. Explica-se: como no litisconsórcio por conexidade a sua fom1ação, que era facultativa, não dependia da concordância do réu, que não poderia recusá-lo, não se poderia dizer que ele seria propriamente facultativo, pois o réu não tinha escollrn; no caso do l itisconsórcio por afinidade, a sua formação dependeria do concurso da vontade dos autores e do réu, daí porque seria possível considerá-lo propriamente facultativo.35

Embora mais coerente e lógica, não teve a mesma adesão doutrinária que a primeira utilização da terminologia, que ficou consagrada (certamente pela influência da processualística italiana no Brasil).

O que importa, agora, é que essa possibilidade de recusa imotivada do litisconsórcio ativo não foi repetida pelo CPC-73.

Sucede que, em 1 994, acrescentou-se um parágrafo único ao art. 46 do CPC, em que se prevê a possibilidade de recusa do litisconsórcio ativo, quando, por ser multitudinário (por envolver uma multidão, na terminologia de Dinamarco), puder comprometer o exercício do direito de defesa ou a rápida solução do litígio. Pode o réu, então, pedir o desmembramento do litisconsórcio - e esse pedido interrompe o prazo de defesa, que recomeçará a correr após a decisão sobre esse incidente.36 Não há previsão de prazo para esse pedido, razão porque se deve entender aplicável o art. 1 85, que estabelece o prazo supletivo de cinco dias. O magistrado decidirá o incidente, por decisão interlocutória, que é agravável. O desmembramento do litisconsórcio gerará outras causas, que devem ser 33. DINAMARCO, Cândido Rangel. lilisconsórcio, cit., p. 9 1 .

34. Machado Guimarães considerava a hipótese de litisconsórcio por afinidade, n o CPC-39, "pouco menos do que inútil", tendo em vista a "dificil anuência da parte contrária". ("As três figuras do litisconsórcio".

Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1 969, p. 202).

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Litisconsórcio unitário, cit., p. 1 94.

36. A regra vale também para os Juizados Especiais Federais, conforme o Enunciado n. 1 9 do FONAJEF de 2 1 . 1 0.2005. Enunciado n. 19: Aplica-se o parágrafo único do art. 46 do CPC cm sede de Juizados Especiais Federais.

distribuídas ao mesmo magistrado, por prevenção, em razão da interpretação analógica do art. 253, II, CPC.

Dinamarco entende que, por não ser mais possível a recusa arbitrária, não se pode mais falar de litisconsórcio recusável. Agora, o réu deve provocar um incidente, fundamentando a sua recusa, que será apreciada pelo magistrado em decisão interlocutória.37 " . • • suprimida na lei vigente a referência ao acordo de todas as partes como requisito para que o litisconsórcio se mantivesse, ficou

clara a intenção de eliminar a excrescência . . . ".38

O magistrado, fundado no possível comprometimento à rápida solução da demanda, pode limitar ex officio esse litisconsórcio ativo. Não há um número predeterminado e máximo de litisconsortes: o caso concreto é que vai dizer qual é o número aconselhável.

A possibilidade de desmembramento não se estende ao litisconsórcio multitudinário ativo unitário, pois o objeto litigioso é único e indivisível.

9. LITJSCONSÓRCIO NECESSÁ RIO ATIVO

Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo . .19

Nem poderia haver.

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental ele acesso à j ustiça (inciso XXXV do art. 5° da CF/88). O direito de ir a j u ízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que admitem a possibilidade de l itisconsórcio necessário ativo, reconhecem que " . . . esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação".40 Essa circunstância, violação intolerável de direito fundamental, já deveria ser o suficiente para inumar a discussão. Sucede que há diversos autores que 37. DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 997, p. 60.

38. DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio, cit., p. 99.

39. Em scn1ido diverso, admitindo o litisconsórcio necessário ativo. além de Nelson Nery Jr. e Rosa Ncry, citados ao longo da exposição: LAMBAUER, Mathias. Do litisconsórcio necessário. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 1 1 7 e scgs; DINAMARCO, Cândido. litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, item 58, embora com uma visão muito restritiva do fenômeno; FREIRE, Homero. Utisconsórcio necessário ativo.

Recite: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-8 1 ; BEDAQUE, José Roberto dos Santos.

Código de Processo Civil /111e1pre1ado. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 155; GRANDA, Piedad González. EI litisconsórcio necesario en el proceso civil. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 213-215; ALVIM, Arruda. Código de Processo Civil Comemado. São Paulo: RT, 1975, v. 2, p. 385; MARINONl, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3 ed.

São Paulo: RT, 2004, p. 203-204; MEDINA, José Miguel Garcia. "Litisconsórcio ativo necessário". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 88, p. 285 e segs; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comen1drios ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 995, v. 2, p. 1 53.

40. Código de Processo Civil comentado e legislação er1ra11aga111e. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475. Com posicionamento bastante semelhante, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ele111e111os de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 107.

Very

N

defendem a existência de casos de litisconsórcio necessário ativo. O exame da questão tem, por isso, de continuar.

O litisconsórcio necessário pode surgir em duas situações, conforme já visto: a) se for unitário; b) se a lei expressamente impuser (art. 47 do CPC). Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo por força de lei - a hipótese do §2° do art. 1 1 4 da CF/88 será examinada logo abaixo.Assim, toda a discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário.41

Se unitário, o litisconsórcio deveria ser necessário, tendo em vista que, sendo una e indivisível a relação jurídica discutida em juízo, a solução que se der a ela tem de ser também única, a mesma para todos os litisconsortes ou os possíveis litisconsortes.

No entanto, o litisconsórcio unitário relaciona-se aos casos de colegitimação, como visto; o Direito, por conta disso, autoriza, em diversas situações, que um sujeito esteja em juízo discutindo, em nome próprio, situação jurídica que ou não lhe diz respeito ou não lhe diz respeito somente - e que poderia estar sendo discutida por um outro sujeito (colegitimado).

Quando há vários legitimados autônomos e concorrentes, há legitimação extraordinária, porque qualquer um pode levar ao Judiciário o mesmo problema, que ou pertence a um dos colegitimados, ou a ambos ou a um terceiro. Se a colegitimação é passiva, e há unitariedade, o litisconsórcio necessário impõe-se sem qualquer problema: como ninguém pode recusar-se a ser réu, o litisconsórcio formar-se-á independentemente da vontade dos litisconsortes. Se a colegitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos colegitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário, que ficará submetido à coisa j ulgada, corno é a regra em casos de legitimação extraordinária,42 aceita por praticamente a totalidade da doutrina.

4 1 . Nélson

Jr. e Rosa Nery discutem o problema do litisconsórcio necessário ativo nos casos em que ele é unitário. Chega-se a essa conclusão a partir da leitura do seguinte excerto do seu trabalho: "Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da

fommção do litiscons6rcio deva ocorrer no polo ativo da relação processual..:· a mesma página, os autores classificam o litiscons6reio, de acordo com a sorte no plano do direito material, em unitário e simples. (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8

ed. São Paulo: RT, 2004, p. 475.) Também assim, Mathias Lambauer, Do lilisconsórcio necessário, p. 1 1 7

e segs: DINAMARCO, Cândido. li//sconsórcio. cit., p. 22 1 : FREIRE, f-lomcro. litiscom;órcio necessário at11•0. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, passim.

42. A favor da extensão da coisa julgada ao colegitimado, MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patenle". Direi/o processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; litisconsórcio 1111ilário. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.

143-145; TUCCI. José Rogério Cruz e. A causapetendi no processo civil. 2 ed. São Paulo: RT, 200 1 , p. 229.

Em sentido diverso, não admitindo a extensão da coisa julgada ao litisconsone estranho ao processo e para quem é possível a existência de t.anllls coisas julgadas quantos sejam os possíveis Iitisconsorles, devendo prevalecer a mais recente, TALAMl'\fl, Eduardo. "Panes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". Aspectos polémicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e ass11111os afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 2 1 0-2I 1 ; GRINOVER, Ada Pellegrini . .. Ações concorrentes - Pluralidade de panes legítimas à impugnação de um único ato". 111 LIE

BMAN, Enrico Tullio. Eficácia e a111oridade da se111e11ça. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 238-243: 370



LITISCONSÓRCIO

Em algumas situações, pode o Direito minimizar as consequências da facultatividade do litisconsórcio unitário, quer não estendendo os efeitos da coisa julgada ao colegitimado (a1t. 274 do CC-2002, por exemplo), quer exigindo o prévio consentimento do outro (como no caso das pessoas casadas, art. 10 do CPC e art. 1 .647, U, do CC-2002), quer exigindo, de logo, a intimação de todos os sujeitos da relação jurídica (ação demarcatória proposta por condômino, art. 952 do CPC). A solução da questão é mais difícil exatamente nas hipóteses sobre

as quais o legislador silencia. É em torno dessas situações (os demais casos de litisconsórcio facultativo unitário ativo) que está focada a discussão sobre o litisconsórcio necessário ativo.

É indiscutível, portanto, que a existência de litisconsórcio facultativo unitário ativo pode causar perplexidades, pois um terceiro ficaria submetido à coisa julgada, sem ter participado do processo. Mas esse problema é típico do litisconsórcio facultativo unitário (ativo ou passivo) e da legitimação extraordinária, institutos que indiscutivelmente existem no direito brasileiro. Uma conclusão, porém, é clara: o fato é que a legislação nacional não trata adequadamente do tema.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery trazem solução que merece ser examinada. Os autores, conforme mencionado, admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, mas dizem que um dos litisconsortes pode demandar sozinho, "incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu".43 Prosseguem os autores:

"Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no polo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o polo ativo, formando o 1 itisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. (...) O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro é que os litisconsortes necessários - isto é, todos os participes da relação jurídica material discutida em juízo - integrem a relação processual, seja em que polo for".'"

E arrematam: "Na verdade, não existe o problema do litisconsórcio necessário ativo não-íntegro. O autor, que deveria agir na companhia de um litisconsorte necessário, pode agir sozinho, desde que mova a ação também contra aquele que deveria ser seu litisconsorte necessário ativo".�5

CARNEIRO, Alhos Gusmão. /111erve11ção de terceiros. 1 3 ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 ; SILVA, Ovídio Baplisla da. Sentença e coisa julgada. 4 ecl. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 96 e segs.

43. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8 ed. São

Paulo: RT, 2004, p. 475. José Roberto dos Santos Bedaque lraz solução semelhante: "Existe a alternativa de incluir o colegitimado ativo no polo passivo do processo. Essa solução é factível, bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea cio direito". (Código de Processo Civil Jnte17Jre1ado. cit., p. 155.)

44. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8 ed., cit., p. 475.

45. Código de Processo Civil co111e111ado e leg islação extravagante. 8 ed., cit., p. 476.



FREDlE DIDIER JR.

A solução apresentada pelos professores é interessante, mas não está imune a críticas.

a) Em homenagem à coerência, a solução aplicar-se-ia a qualquer caso de l itisconsórcio unitário, em que há pluralidade de sujeitos na relação jurídica de direito material, pouco importa se no polo ativo ou passivo (inclusive na ação reivindicatória ajuizada por apenas um condômino, com base no art. 1 .3 1 4 do CC-2002, exemplo retirado do livro dos mesmos professores, p. 479).6

b) Não se explica se o autor, nesses casos, formula dois pedidos, um contra o réu originário e outro contra o litisconsorte renitente, bem como se isso, à luz do caput do art. 292 do CPC, seria possível, pois, ele acordo com essa regra, os pedidos cumulados devem ser formulados em relação a todos os réus, ressalvada a hipótese de litisconsórcio eventual passivo (a1t. 289 do CPC).

c) É no mínimo estranho que um sujeito, uma vez demandado, possa, se quiser, tomar

-se litisconsorte do autor que lhe dirigiu a demanda - na denunciação da lide promovida pelo autor, o denunciado é, a um só tempo, réu e litisconsorte ativo (art. 74 do CPC), não podendo optar por não ser réu. Essa situação revela que nenhum pedido lhe foi dirigido, pois ninguém pode, por vontade própria, deixar de ser réu. E, se nenhum pedido lhe foi formulado, não se pode dizer que o litisconsorte recalcitrante é demandado/réu.

d) O próprio CPC prevê a possibilidade de um credor solidário de obrigação indivisível (unitariedade) demandar isoladamente toda a dívida, podendo aqueles credores que não participaram do processo receber a sua parte, deduzidas as despesas na proporção do seu crédito (art. 29 1 do CPC).

e) Por fim, se, como os autores dizem, o litisconsorte recalcitrante será citado como réu,41 circunstância frisada em diversos momentos, litisconsórcio ativo não há no processo, que se estrutura subjetivamente da seguinte forma: A contra B (réu originário) e C

(litisconsorte renitente). Pelo que se vê, forma-se um litisconsórcio passivo, e não ativo.48

46. Mathias Lambauer, fervoroso defensor do litisconsórcio necessário ativo, fonnula a sua sugestão, bem parecida com aquela formulada por elson Nery Jr. e Rosa Nery. e que tem as mesmas deficiências:

"'Adicitado· ou 'adcitados' os condôminos ou eomunhciros, ou, ainda, os potenciais litisconsones de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 do CPC em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente. Se, eventualmente, discordantes da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em polo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio

ao lado do réu. Podem assistir à parle contrária, defendendo a renovação do contrato de locação, em vez da retomada. A validade do ato assemblear ao lado do órgão representativo em vez de sua nulidade com autores". (Do li1isco11sórcio necessário. cit., p. 1 2 1 - 1 22). Muito semel.ha111e, também, a solução de FREIRE, Homero. Lilisconsórcio necessário ativo. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954, p. 78-8 1 .

47. Homero Freire chega a dizer que, omisso o litisconsorte reaiteme, será considerado revcl (U1isco11sórcio necessário ativo. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1 954, p. 8 1).

48. Há excertos do trabalho desses autores que revelam essa circunstância clarame111c: a) "Estando no processo, o potencial litisconsorte necessário ativo, que não quis promover a ação cm conjunto com o autor, é 372

LITISCONSÓRCIO

A proposta de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery tem, porém, um grande mérito: revela a inadequação da legislação processual para os casos de colegitimação ativa, em que a relação jurídica material discutida envolve, em um dos seus termos, uma pluralidade de sujeitos. É fundamental, realmente, e é isso o que importa, como disseram os mestres paulistas, que o sujeito da relação jurídica discutida esteja no processo, para que possa defender os seus interesses. Não há dissenso em torno desse ponto. Parece que todos os que defendem o litisconsórcio ativo necessário estão, na verdade, defendendo mais a necessidade

da cientificação do possível litisconsorte unitário ativo do que propriamente a existência de um litisconsórcio necessário ativo.49

Cândido Dinamarco, embora repule excepcional o litisconsórcio necessário ativo, afirma que, quando não houver expressa autorização legal para a atuação isolada de um dos sujeitos da relação jurídica discutida, caberá ao magistrado, caso a caso, verificar se o resultado que se espera do processo exige, ou não, a manifestação de vontade de todos os beneficiários.50 Dá como exemplos de litisconsórcio necessário ativo, a ação redibitória ou quanti minoris e a ação rescisória,51 que deveriam ser propostas necessariamente por todos os compradores do bem viciado52 ou litigantes vencidos, respectivamente.

Cândido Dinamarco não resolve o problema: transfere ao magistrado a tarefa de identificar a exigência do li tisconsórcio diante do silêncio da lei. Não há distinção essencial entre as situações dos condôminos, na ação reivindicatória, e dos compradores, nas ações edilícias: há legitimação concorrente em ambos os casos, não se justificando que um comprador fique à mercê do outro comprador, que não quer promover a demanda. A solução do problema não é casuística: ou nã.o se admite a facultatividade do litisconsórcio quando demandada relação jurídica plurissubjetiva, e com isso se ofende inexoravelmente réu e, nessa condição, pode continuar se opondo à pretensão do autor, justificando a lide que o tornou réu, agindo, por exemplo, de forma a ajudar o réu contra o autor" (p. 475); b) mais à frente, os autores dizem ser indiferente saber em que polo estará o litisconso11c renitente, pois o que importa é que ele esteja no processo (p. 4 77). Mais coerente, A lcxandre Câmara, embora não se concorde com a solução final:

"Parece-nos, assim, que inexiste litisconsórcio necessário ativo. Nos casos em que a natureza da relação jurídica impõe a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença pode se dar em qualquer dos lados da relação processual. Assim sendo, aqueles que não quiserem propor a ação deverão ser incluídos no polo passivo da demanda". (CÂMARA, Alexandre Freitas. lições de Direiro Processual Civil. 9 cd.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 169.)

49. Sérgio Ferraz afirma que deve haver a intimação do possivel litisconsorte, para que se lhe estenda a força da coisa julgada (Assisréncia lirisconsorcial 110 Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1 979, p. 29).

50. Em situação semelhante, o STJ dispensou o litisconsórcio necessário : "Qualquer dos colaboradores da obra indivisível tem autonomia para defender seus direitos, ainda que visando à resilição do contrato de edição, sendo dispensável, portanto, 11 formação de litisconsórcio necessário ativo". (STJ, 4°. T., REsp n. 88.079, rei. Min. Sálvio de figueiredo Teixcira,j. 04. 1 1 . 1997, DJ de 1 5/ 1 211 997.) 5 1 . STJ, 5' T., REsp n. 1 09.023, rei. Min. Edson Vidigal, j. 03. 1 2 . 1 998, DJ de 17.02.1 999, p. 158: "Não há litisconsórcio ativo necessário na ação rescisória".

52. lirisconsórcio, cit., p. 233-234.

fREDIE DIDIER JR.

irremediavelmente o direito fundamental de ação, ou se veda a legitimação conjunta ativa (litisconsórcio necessário ativo). reconhecendo que conferir legitimação concorrente e exclusiva é criar hipótese de legitimação extraordinária. Opta-se por preservar o direito fundamental de ação.

Homero Freire propõe uma redefinição do conceito de litisconsórcio necessário:

a necessariedade do l itisconsórcio exige que todos os sujeitos da relação jurídica discutida tenham sido cientificados da pendência do processo, e não que estejam neste ou naquele polo da relação processual. Não se impede a propositura isolada da demanda, mas exige-se a comunicação, para transformarem-se em litisconsortes, de todos os sujeitos da relação jurídica objeto do processo.53

A solução é inviável no plano lógico, que não pode ser ignorado: se é possível um só propor é porque não é necessário que mais de um proponha; e se não é necessário que mais de um proponha a ação, então litisconsórcio necessário ativo não há.

Em outro momento, quando foi examinada a exigência de consentimento do cônjuge para que o outro possa propor uma demanda real imobiliária (art. 1 O do CPC), sugeriu-se que o magistrado, diante de ação proposta sem a prova do consentimento, intimasse o outro cônjuge para que tivesse ciência e tomasse as providências que desejasse, tendo em vista a regra do art. 1 .649 do CC-2002, que confere apenas ao cônjuge preterido a legitimidade para discutir a validade do ato praticado sem o seu consentimento. A solu

ção que se propõe para resolver o problema do litisconsórcio facultativo unitário ativo é semelhante àquela.

O demandante pode solicitar a intimação do possível l i tisconsorte unitário, para que tenha ciência do processo e tome a postura que lhe for conveniente: a) ou assuma a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) ou se cale, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário, que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) ou adira à contestação do réu, resistindo à pretensão do demandante originário, assumindo posição semeU1ante à de um assistente litisconsorcial passivo54 e, portanto, litisconsorte unitário ulterior passivo. Nesse último caso, atuaria em nome 53. FREIRE, Homero. litisco11sórcio necessário ativo. Recife: Livraria Litcran1ra Jurídica Internacional, 1 954, p. 80-8 1 .

54. Solução encontrada n a doutrina alemã (Blomcyer, Arwcd. Zivilprozessrec/11- Erke1111111isve1fahre11. 2 ed.

Berlim: Duncker & Humblot, 1985. § 1 1 2, !, p. 642), citada por Mathias Lambauer (ob. cit., p. 122. nota 26) e Nelson Nery Jr. e Rosa cry (Código de Processo Civil Comemado e legislação extravagante, 8

cd., cit., p. 475). Essa solução é repelida por Cândido Dinamarco. Segundo o autor, "'demonstrados que sejam os pressupostos da procedência da demanda proposta pelo colegitimado, a sua resistência pouco ou nada lhe valerá e a demanda será acolhida afinal e ele terá de sujeitar-se a um resultado que não queria, que não pediu e que poderá ser-lhe danoso no plano econômico ou jurídico-substancial". (litisconsórcio, cit., p. 231). A objeção não procede, porque prova demais: afinal, não é isso o que acontece (submissão a resultado indesejado e prejudicial) a todo aquele que sai derrotado do processo? Por que nesta hipótese deveria ser diferente? ão será por esse motivo que essa solução não podera ser adotada.

próprio defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu - caso, pois, de legitimação extraordináJia.55

Acaso o demandante não solicite a intimação, nada impede que o magistrado o faça, ex officio ou por provocação do demandado. Seria espécie de inteJVenção iussu iudicis, adiante examinada.

O art. 1 1 4, § 2°, CF/88, acrescentado pela EC n. 45/2004, dá a entender que um

dissídio coletivo trabalhista somente poderia ser ajuizado com o consentimento de ambas as parles: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito ... " O

dispositivo é flagrantemente inconstitucional, pois exige a postulação conjunta de litigantes, o que impede que um dos dois, se outro não quiser, vá a juízo. Há ADl's que foram ajuizadas, cujo objeto é discutir a inconstitucionalidade desse parágrafo, sob o fundamento de violação ao direito fundamental de ação (inciso XXXV do art.

5° da CF/88): 3520, 3432-4, 343 1 -6, 3423-5, 3392- 1 .

Ainda sobre o tema, é interessante mencionar o n . 406 da súmula da jurisprudência predominante do TST (Tribunal Superior do Trabalho), que cuida do litisconsórcio em ação rescisória: "I - O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência, e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide".

55. Embora permaneça afirmando a existência de um litisconsórcio necessário ativo, a solução de Marcus Vinicius Gonçalves merece ser destacada: "Citado, ele poder{1 tomar uma entre várias atitudes possíveis: a) poderá simplesmente omitir-se, deixando de comparecer aos autos e de apresentar qualquer manifestação. Apesar disso, está integrando a relação processual como parte (co-autor) e sofrerá os efeitos ela sentença como se parte fosse. No entanto, ele nem se beneficiará elas verbas de sucumbência, em caso de procedência do pedido, nem será prejudicado, na hipótese de improcedência. A sucumbência é regida pelo princípio da causalidade e deve ser atribuída a quem deu causa à propositura da ação. Como o litisconsorte necessário optou por não participar, a ele não podem ser carreados os proveitos e prejuízos da sucumbência; b) poderá decidir participar, como co-autor, cm conjunto com os demais, caso em que lhe será dada a oportunidade ele, querendo, aditar a inicial. Por isso que é preciso citá-lo antes dos réus.

Se ele decidir atuar no processo, como co-autor passará a beneficiar-se ou responder pelas verbas ele sucumbência, conforme o resultado seja ou não favorável a ele; c) poderá ainda comparecer ajuizo, não para participar do processo na qualidade de co-autor, mas para impugnar a sua qualidade de litisconsorte necessário, ou ainda para manifestar o seu inconformismo com a propositura da ação ou com o acolhimento do pedido. No primeiro caso, caberá ao juiz analisar a impugnação e verificar se procede ou não. Se sim, o juiz determinará a sua exclusão, se não, o manterá no polo ativo. Se o litisconsorte apenas reclamar aduzindo que não desejava participar do processo, será mantido no polo ativo (pois o litiscousórcio é necessário, e sem ele o processo não pode prosseguir), mas ficará preservado das responsabilidades da verba de sucumbência. Observados esses critérios, ter-se-á garantido o direito de acesso à justiça dos demais autores, sem trazer prejuízos àquele que não queria participar da ação". (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 1 56).

FREDIE DIDIER JR.

10. A INTERVENÇÃO IUSSU JUDICIS (ART. 47, PAR. ÚN., DO CPC)56

A intervenção iussu iudicis nada mais é do que o ingresso de terceiro em processo pendente por ordem do juiz. A questão básica é saber se esse instituto existe no direito brasileiro.

Na Itália, há previsão expressa (art. l 07), que consagra a possibilidade de o juiz determinar o chamamento do terceiro se entender conveniente para o julgamento

da causa. Tal como concebido no direito italiano, não há previsão desse instituto no direito brasileiro, ao menos expressamente.

O art. 91 do CPC-39 autorizav a a intervenção iussu iudicis, permitindo ao magistrado trazer ao processo terceiros que tivessem com a causa alguma espécie de interesse jurídico, que tornasse conveniente a sua participação no processo. Moacyr Lobo da Costa, ao interpretar o dispositivo da legislação revogada, entendia que a intervenção iussu iudicis não é caso de formação de litisconsórcio, muito menos necessário, pois não tem por fim a integração de pessoa indispensável ao válido e regular deslinde do feito. Sua finalidade seria diversa. Entendia que a "causa geral da intervenção é o nexo existente entre a relação jurídica controvertida e uma outra relação de que o nterveniente é sujeito; o fim é trazer para o processo um terceiro que pode ser prejudicado pela sentença a proferir entre as pa1tes originárias ou ao qual se pretende estender a eficácia dessa sentença".57 Concluía que a intervenção de terceiro iussu iudicis era poder do juiz, que poderia ser utilizado quando julgasse oportuna a presença do terceiro no processo, enquanto a determinação do ingresso do litisconso1te necessário é imposição da lei.58

O CPC- 1 973, no entanto, não reproduziu a nornrn do art. 9 1 do CPC-1 939, prevendo apenas a integração do litisconsorte necessário não-citado. É o que dispõe o parágrafo único do art. 47 do CPC, que prevê expressamente que "o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo". Se o CPC- 1 939 não era claro, o CPC-73 foi evidente ao definir que o juiz, mesmo ex officio, deve provocar o autor para que promova a integração (citação) de terceiro ao processo, em todas as hipóteses de litisconsórcio necessário, seja simples ou unitá1io. Não se trata de litisconsórcio necessário por obra do juiz, mas de determinação, pelo juiz, de citação de um litisconsorte necessário, de acordo com os critérios legais que imponham a necessariedade. Se o autor não promover a citação (pagar as custas, providenciar endereço do réu etc.), o magistrado extinguirá o processo sem exame de mérito. H á quem afirme que essa é a intervenção iussu iudicis regulada pelo direito brasileiro".59

56. Item escrito com o imprescindível apoio de PAUU\ SARNO BRAGA, Professora Assistente do Curso de Espe·

eialização em Direito Processual Civil.

57. A intervenção i11ss11 iudicis no processo civil brasileiro. São Paulo: s/ed., 1961, p. 133.

58. A intervenção i11ss11 iudicis 110 processo civil brasileiro. São Paulo: s/ed., 1961, p. 134. Mathias Lambaucr, que defende a existência de litisconsórcio ativo necessário, também se refere ao art. 91 do CPC/39 como norma que autorizava a integração do litisconsone ativo unitário (Do litisconsórcio necessário, cit., p. 1 19).

59. Fl LHO. Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro. 1 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 124.



LrnscoNSóRCJO

Neste sentido, identificamos o ponto de vista de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, defendendo que "no sistema vigente o juiz deve determinar ao autor que promova a citação do litisconsorte necessário, ou seja, que o autor manifeste a sua vontade de querer mover a ação também contra o litisconsorte passivo necessário ou de querer que o litisconsorte necessário ativo integre a relação processual".60 Em contrapartida, pela ausência de citação desses litisconsortes, segundo sua visão, a lei impõe uma sanção: a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O que se sugere é uma inteq)retação extensiva do poder previsto no parágrafo único do art. 47 do CPC, voltando um pouco ao regime do CPC- 1 939. A intervenção de terceiro por ordem do juiz deve ocorrer não só nos casos de litisconsórcio necessário no polo passivo (cuja ausência de citação leva à extinção do processo), como também nas hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo, para integrar aquele que poderia ter sido litisconsorte unitário, mas não foi, eis que o terceiro será inevitavelmente atingido pela coisa julgada, em vi1tude da unitariedade da relação material. Além disso, também serviria para cientificar cônjuge/

companheiro em demandas reais imobiliárias propostas pelo outro consorte. Em todas essas situações, caberia a intervenção iussu iudicis, como forma de minimizar os problemas do litisconsórcio facultativo unitário, cumprindo ao magistrndo determinar a intimação (e não citação) do possível 1 itisconsorte, para, querendo, integrar a relação processual.

Em 2005, o Min. Celso de Mel lo, relator dos mandados de segurança n. 24.83 1 , 24.845, 24.846, 24.847, 24.848 e 24.849 (julgados por conexão em 22.06.2005), que discutiam a instalação da chamada "CPI dos Bingos", valeu-se, expressamente, da intervenção iussu iudicis para trazer ao processo os líderes dos pa1tidos governistas. Entendeu o ministro que esses líderes, embora não fossem litisconsortes necessários, deveriam ad cautelam, participar do processo.

Izabela Rucker Curi defendeu a aplicação da intervenção forçada por provocação do magistrado, com base no art. 107 do CPC ltal iano:61

"Incentivar a integração do assistente no processo não consiste apenas em evitar decisões contraditórias. É também uma questão de economia processual, porque muitas vezes evita novas medidas judiciais que seriam intentadas pelo assistente ou contra ele, conforme for o resultado da decisão judicial proferida na ação entre o assistido e a parte contrária. Trata-se, ainda e principalmente, de questão de segurança jurídica, já que o assistente, uma vez tendo integrado o processo, não poderá, respeitadas as exceções legais, discutir a justiça da sentença. (...) Daí porque é recomendável que o magistrado informe o terceiro sobre a existência da lide, quando visualiza seu possível interesse jurídico (estando presentes os pressupostos legais para a formação da assistência), ainda que o Código de Processo Civil não preveja expressamente tal ato".62

60. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7 ed. São

Paulo: RT, 2003, p. 4 1 5.

6 1 . Art. 107 do CPC italiano: "(lntervento per ordine dei giudice). li giuclice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo ai quale la causa e comune, ne ordina l'inlervento (270-272)."

62. "Considerações sobre a assistência e a provocação do terceiro para intervir no feito". Aspectos polémicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 489-490.

FREDIE ÜIDIER JR.

Teresa Wambier noticia que Proto Pisani já sustentava que, aos terceiros titulares de relações jurídicas dependentes daquelas que está sendo deduzida no processo originário (terceiros ind iretamente prejudicados), que serão certamente atingidos pela eficácia reflexa da sentença, deve ser garantido o direito de exercer seu direito de defesa preventivamente, podendo até o magist rado, para tal fim, fazer uso dos poderes que lhe são atribuídos pelo art. 1 0 7 do CPC italiano, que diz respeito à intervenção ordenada de

-ofício. Tudo isso para dar mais chances ao terceiro de ter ciência do processo pendente inter alias, capaz de afetar sua esfera jurídica.63 Se para aqueles apenas reflexamente prejudicados já se cogita desta providência, o que se dirá para aquele atingido di retamente pela eficácia da decisão, que poderia estar no polo ativo da relação corno litisconsorte unitário?

A providência justi_fica-se como medida de efetivação do direito fl.mdamental ao contraditório e, ainda, como proteção do princípio da igualdade, porquanto procure evitar que o réu se submeta a um processo cujo resultado possa ser impugnado por um terceiro.64

Garante ao terceiro, também, o exercício da liberdade fundamental de demandar, não lhe sendo imposta a condição de demandante: o terceiro não estaria obrigado a demandar. Está, ainda, em consonância com o princípio da proporcionalidade, pois não causa qualquer prejuízo às partes originárias e se reputa necessária como forma de proteger os direitos fundamentais retromencionados.

Finalmente, é medida que está em harmonia com o sistema jurídico brasi leiro: a) na Lei de Ação Popular, impõe-se a intimação da pessoa jurídica de direito público, cujo ato se questiona, para que assuma a posição de litisconsorte ativa ou passiva, conforme seja o seu interesse;65 b) no Código de Defesa do Consumidor, prevê-se a intimação das vítimas na ação coletiva proposta para a tutela de direitos individuais homogêneos;66 c) no artigo 1 25 do CPC, que confere ao magistrado amplos poderes de condução do processo, determinando-lhe que vele pela igualdade das partes (inciso J) e pela rápida solução do litígio (inciso II); d) no art. 952 do CPC, que cu ida da ação de demarcação e expressamente autoriza a propositura de ação demarcatória por um dos 63. Os agravos no CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 334.

64. Também sugere essa providência, mas apenas de legeferenda, pois seria necessária regra expressa, TA

LAMfNl, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros 110 processo civil e assuntos afins. l'redie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 2 1 1 .

65. §3° do art. 6° d a Lei Federal n . 4 . 7 1 7/1965, que também é aplicado à ação de improbidade administrativa, por força do § 3° do art. 17 da Lei Federal

n. 8.429/ 1992: "A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente". Cândido Dinamarco não aceita a utilização desse paradigma legal como argumento, em razão da sua excepcionalidade. (Litisconsórcio. cit., p. 23 1 , nota 28.) 66. Providência que se impõe, a despeito de o regime jurídico da coisa julgada coletiva não prejudicar a vítima:

"Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".

condôminos, devendo ser citados os demais como 1 i tisconsortes (na verdade, intimados obrigatoriamente da propositura da demanda); e) na ação de responsabi lidade civil proposta contra o segurado, esse deverá obrigatoriamente comunicar à seguradora a pendência do processo (§ 3º do art. 787 do CC-2002);67 f) na inti mação do fiador na ação revisionai de aluguel, obrigatória para alguns autores;68 g) na intimação do sublocatário na ação de despejo, obrigatória conforme o § 2º do art. 59 da Lei Federal n. 8.245/1991,69 que poderá tornar-se assistente tanto do locador quanto do locatário (sublocador);70

h) na exigência de intimação do cônjuge do executado, quando houver penhora de bem imóvel (art. 655, § 2º, CPC); i) na denunciação da lide que é, a um só tempo, uma demanda incidental e uma convocação para a formação de litisconsórcio un itário (arts. 74 e 75 do CPC), tendo em vista o reflexo que a decisão possa vir a causar no patrimônio do denunciado.

Não se trata, convém explicar, de provocação para demandar (provocatio ad agendum): imposição do magistrado para que o terceiro seja demandante. É mera cientificação, para que terceiro assuma a posição no processo de acordo com os seus interesses. A solução é bastante simples; agrada a ambas as correntes, pois traz o terceiro ao processo sem impor-lhe o exercício do direito de demandar; não compromete a razoável duração do processo; está de acordo com a ampliação cios poderes de conclução do magistrado; não necessita que se alterem as definições de inst itutos jurídicos consagrados. De lege ferenda, impõe-se a revisão do CPC, para que se torne obrigatória a cientificação de terceiro em tais situações e se evitem todas estas delongadas discussões doutrinárias.

67. "§ 3° Intentada a ação contra o segurado dará

,

este ciéncia da lide ao segurador".

68. Por exemplo, FERREIRA, William Santos. "Procedimentos na lei cio inquilinato: ação revisionai e renovatória ele aluguel". Procedi111e11tos especiais cíveis - legislaçcio extravagante. frcdic Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coorcl.). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 996; ASSIS, Araken ele. locação e despejo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1 992, p. 45.

69. "Qualquer que seja o fundamento ela ação dar-se-<i ciência cio pedido aos sublocat{trios, que poderão intervir no processo como assistentes".

70. RESTLFFE NETO, Paulo, e REST!FfE, Paulo Sérgio. Locação - questões processuais. 4 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 184-185.

CAPÍTULO XIII

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário • 1 . Introdução - 2. Fundamento da intervenção de terceiro -3. Conceitos fundamentais: 3 . 1 . Conceito de parte; 3.2. Conceito de terceiro; 3.3. Conceito de intervenção de terceiro; 3.4. Processo incidente e incidente do

processo - 4. Efeitos na relação jurídica processual - 5. Controle do magistrado - 6. Momento -7. Hipóteses excepcionais de cabimento: 7. 1 . Juizados especiais; 7.2. Intervenção de terceiro nos processos de controle concentrado da constitucionalidade; 7.3. Intervenção de terceiros no procedimento sumário - 8. Assistência: 8 . 1 . Considerações gerais; 8.2. Procedimento; 8.3. Classificação: 8.3 . 1 . Assistência simples ou adesiva; 8.3.2.

Assistência Iitisconsorcial; 8.4. Intervenção do colegitimado; 8.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual - 9. Oposição: 9. l .

Conceito; 9.2. Tipos; 9.3. Reconhecimento da procedência do pedido pelos opostos; 9.4. Oposições sucessivas e oposições convergentes - 1 O. Nomeação à autoria: 1 0 . 1 . Generalidades; 10.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor (art. 62 do CPC) e a regra do art. 1.228 do CC-2002; 1 0.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC). Confronto com os arts. 932, lll, e 942, ambos do CC-2002; 1 0.4. Procedimento -

1 1 . Denunciação da lide: 1 1 . 1 . Generalidades; 1 1 .2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide; 1 1 .3. Situação processual do denunciado; 1 1.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 70, !, CPC) e a regra do art.

456 do CC. A denominada denunciação da lide per sa/111111; 1 1 .5. A denunciação da lide com base no inciso li d o art. 7 0 d o CPC; 1 1 .6. A denunciação d a lide com base n o inciso III do art. 7 0 do CPC: 1 1 .6. 1 . Considerações gerais; 1 1 .6.2. A concepção restritiva; 1 1 .6.3. A concepção ampliativa; 1 1 .6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça; 1 1 .6.5. Síntese conclusiva: a nossa opinião; 1 1 .7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC); 1 1 .8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC); 1 1 .9.

O par. ún. do art. 456 do CC-2002 e o inciso li do art. 75 do CPC- 12. Chamamento ao processo - 1 3 . Outras questões: 1 3 . 1 . A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo; 13.2. I n tervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público; 1 3.3. Intervenção litisconsorcial voluntária ou Jitísconsórcio facultativo ulterior simples; 13.4. Intervenção do amicus curiae: 13.4. 1 . Noção e hipóteses; 1 3 .4.2.

Poderes processuais do amicus curiae; 13.5. A nova intervenção de terceiro na

ação de alimentos (art. 1 .698 do CC-2002) - 14. Quadros sinóticos.

1 . INTRODUÇÃO

A sentença normalmente diz respeito às partes que compuseram a relação jurídica processual, não a terceiros. Mas há casos em que a se1Jtença pode atingir a esfera jurídica de terceiro.

A coisa j ulgada nem sempre é interpa t[?]tes. Não é necessário recorrer-se à coisa julgada coletiva para exempl ificarmos a assertiva: a) a substituição processual; b) a situação do adquirente de coisa litigiosa (art. 42, §3º, CPC); c) o terceiro que poderia ter sido assistente litisconsorcial e não foi; d) o responsável executivo (art. 592, CPC); todas essas são situações em que se reconhece, mesmo no plano individual, a produção de efeitos da coisa julgada ou a extensão da eficácia da relação jurídica processual a quem não participou ou não participa do processo.

É natural da relação jurídica processual essa eficácia externa. Bem o disse Donaldo Armelin:1

1. Dos embargos de 1erceiro, p. 40.



FREDIE DIDIER JR.

"A relação processual se estabelece entre as partes que figuram em seus polos, sendo normal que os efeitos dela emergentes restrinjam-se às esferas jurídicas dos ocupantes desses polos. O atingimento de outras esferas jurídicas pode ser ainda consequência nonnal da prestação jurisdicional, como pode resultar de ultra-eficácia insatisfatória a ser coibida pelo sistema j urídico".

O direito criou técnicas para evitar ou minimizar as consequências dessa ultra

-eficácia: a) as modalidades de intervenção de terceiro, que "testemunham esse empenho do legislador";2 b) a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada; c) a permissão de processos incidentes, como os embargos de terceiro ou a oposição ajuizada após a audi

ência (art. 60, CPC).

2. FUNDAMENTO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

A intervenção de terceiro no processo pendente j ustifica-se, em regra, por manter ele um vínculo com a relação jurídica discutida que: a) ou lhe diz respeito diretamente: discute-se relação jurídica de que faz parte o terceiro; b) ou está ligada a outra relação jurídica, que daquela é conexa/dependente; c) ou que, embora não lhe diga respeito, possa ser por ele discutida, em razão de também possuir legitimação extraordinária para tanto (é o que ocon-e nos casos de intervenção de colegitimado).

É fl.mdamentaJ perceber, portanto, que a correta compreensão das intervenções de terceiro passa, necessariamente, pela constatação de que haverá, sempre, um vínculo entre o terceiro, o objeto litigioso do processo e a relação jurídica material deduzida.

Não se pennite, como regra, a intervenção sem a demonstração de qualquer interesse, nem com a demonstração de apenas interesse econômico ou moral. O interesse há de ser jurídico. Nada impede, porém, embora a história não recomende, que se imaginem outras modalidades interventivas, calcadas em outras espécies de interesse, como servem de exemplo as intervenções especiais dos entes públicos, adiante examinadas.

3. CONCEITOS FUNDAMENTA IS

3 . 1 . Conceito de parte

O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo in teresse em determinado resultado do julgamento.

Saber se esta participação se dá em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de determinada questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se

postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente.3

2. ARMELIN, Embwgos de terceiro, ob. cit., p. 4 1 .

3. Ver, amplamente, o ponto desenvolvido por Dinamarca sobre o conceito puramente processual d e parte. O

autor elucida com a costumeira sabedoria a questão. em análise muito semelhante a que ora fizemos. Eis as suas lições: "Partes, em pura técnica processual, são 'os sujeitos cio contraditório instituído perante o juiz', ou seja 'os sujeitos interessados ela relação processual', são todos aqueles que, tendo proposta urna demanda em juízo (inclusive em processo pendente), tendo sido citados, sucedendo a parte primitiva. ou 382

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

De três maneiras distintas pode alguém assumir a posição de parte num processo: a) tomando a iniciativa de instaurá-lo; b) sendo chamado a juízo para ver-se processar; c) intervindo em processo já existente entre outras pessoas.4

3.2. Conceito de terceiro

Terceiro é conceito que se determina por exclusão em confronto com o de pa1te.

Afirma Barbosa Moreira: "é terceiro quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão".5 Trata-se de conceito simples, decorrente da simples inatividade em relação ao processo.6

3.3. Conceito de intervenção de terceiro

A intervenção de terceiro é fato jurídico processual que implica modificação de relação jurídica processual já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.

São duas as premissas fundamentais da teoria geral da intervenção de terceiro: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dada relação processual, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; b) o acréscimo de sujeitos à relação processual, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo ou nova relação processual - a presença de um sujeito a mais torna a relação mais complexa, mas ela é sempre a mesma.7

3.4. Processo incidente e incidente do processo

Processo incidente é uma relação jurídica processual nova, assentada sobre um procedimento novo. Considera-se incidente esse processo porque instaurado sempre de modo relacionado com algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre este ou seu objeto. Por exemplo: a) embargos do executado; b) embargos de terceiro; c) cautelar incidental; d) reclamação constitucional; e) oposição autônoma (art. 60, CPC).

Incidente do processo é ato ou série de atos realizados no curso de um processo. É

um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova ingressando em auxílio da parte, figuram como titulares das diversas situações jurídicas, ativas ou passivas, inseridas na dinâmica da relação jurídica processual (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição). Esse conceito puramente processual de parte (...) é o linico capaz de explicar, sistematicamente, a contraposição parte-terceiro, sem as distorções próprias das inconvenientes ligações com fenôrneuos de direito substancial ou com o objeto do processo." (Intervenção de terceiros, p. 16-1 7).

4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito Processual Civil-Ensaios e Pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971 . p. 55.

5. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 291. Trata-se de noção sedimentada na doutrina, que dispensa, inclusive, maiores referências.

6. Seabra Fagundes, Dos recursos ... , ob. cit., p. 49. Aderindo ipsis li/feris, João Claudino de Oliveira Cruz, Dos recursos ... , ob. cit., p. 73.

7. DINAMARCO, Intervenção de terceiros, p. 39, nota 3.

relação jurídica processual. Exemplos: a) exceções instrumentais de suspeição, impedimento, incompetência relativa; b) incidente de uniformização de jurisprudência; c) incidente de declaração de inconstitucionalidade.8 Toda intervenção de terceiro é um incidente de processo, jamais processo incidente, pois terceiro ingressa em processo alheio, impondo

-lhe alguma modificação.

4. EFEITOS NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte dele integrante. Não gera processo novo, mas, tão só, interferências (ou efeitos) subjetivas e/ou objetivas no processo já em curso.

Subjetivamente, a relação jurídica processual pode ser alterada ou ampliada; ou seja, pode-se provocar urna modificação de partes - como é o caso da nomeação à autoria - ou uma ampliação subjetiva, um aumento do número de sujeitos - que é o que ocorre com todas as outras modalidades interventivas.

Já em termos objetivos, pode-se ou não alargar o objeto litigioso do processo.

Deduzindo-se nova pretensão, ocorre um aumento, uma ampliação do objeto litigioso do processo (ex.: denunciação da lide e oposição). Há, porém, modalidades interventivas que não geram qualquer repercussão objetiva no processo: chamamento ao processo, nomea

ção à autoria, recurso de terceiro, assistência etc.9

5. CONTROLE DO MAGISTRADO

O ingresso de terceiro em processo alheio não é algo dúxado à sua discrição. A presença do terceiro reclama o controle jurisdicional de sua legitimidade (legitimidade interventiva), à semelhança do que ocorre com a verificação da legitimação para a causa (condição da ação). Bem pensadas as coisas, o terceiro, ao intervir, ou exerce uma demanda (oposição), ou tem contra si uma demanda (denunciação da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo) ou assume a "ação" de outrem (assistência); em qualquer dos casos, deve preencher as condições da ação.

É por isso que o art. S 1 do CPC'º não deve ser interpretado literalmente, como se autorizasse o terceiro a intervir no processo após a concordância das partes originárias: o magistrado terá de examinar a sua legitimidade interventiva, mesmo se não houver resistência dos demais litigantes.

6. MOMENTO

Basicamente, somente é possível a intervenção de terceiros até o saneamento do

feito, visto que seja o momento máximo de estabilização processual. A assistência, o 8. DINAMARCO, intervenção de terceiros, p. 94, nota 1 1 8.

9. O chamamcnlo ao processo não amplia o objeto litigioso do processo, pois chamante e chamado são coobrigados; a relação jurídica material é una (vide art. 80 do CPC). A polêmica será examinada mais adiante.

1 O. "Art. S 1 . Não havendo impugnação dentro de S (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz ... "

recurso de terceiro e as intervenções especiais dos entes públicos, todavia, podem dar-se em segundo grau.

7. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE CABIMENTO

7.1. Juizados Especiais

No procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, de acordo com o art. 1 O, Lei n.

9.0991 1 995, não se admite qualquer fonna de intervenção de terceiro no juizado especial cível. Recentemente, porém, Eduardo Sodré, em sua dissertação de mestrado", defendeu brilhantemente o cabimento do recurso de terceiro no âmbito dos Juizados Especiais, porque não compromete a celeridade do rito.

7.2. I ntervenção de terceiro nos processos de controle concentrado da constitucionalidade Os arts. 7º e 1 8 da Lei n. 9.8681 1 99912 vedam expressamente a possibilidade de qualquer intervenção de terceiros, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como na ação declaratória de constitucionalidade. O Presidente da República vetou os §§ 1 º dos mencionados arts. 7º e 1 8, cujos textos eram os seguintes, respectivamente: Os demais titulares referidos no art. 2° poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.13

Os demais titulares referidos no art. 1 03 da Constituição Federal poderão manifestar

-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria.

Essas circunstâncias nos autorizam a chegar a uma conclusão: pretende-se que, nas ações de controle abstrato da constitucionalidade, haja uma maior estabilidade subjetiva, proibindo-se, com o isso, o fenômeno interventivo. A natureza de processo objetivo14

1 1 . Trabalho publicado em 2005 sob o título Juizados Especiais Cíveis - Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

12. "Art. 7°. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade."

"Art. 1 8. Não se admitirá intervenção de tercei.ros no processo de ação declaratória de constitucionalidade."

No mesmo sentido o art. 1 69, §2°, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Não se admitirá a assistência a qualquer das partes".

13. São essas as razões do veto: "A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no §2° do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Cabe observar que o veto repercute na compreensão do §2° do mesmo artigo, na parte em que este enuncia

'observado o prazo fixado no parágrafo anterior'. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do arl. 6º." (DOU, 1 1 . 1 1 . 1 999, p. 9).

14. NERY Jr. e N ERY, Código de Processo Civil Comentado , p. 1 589, com ampla bibliografia; MENDES,

. . .

Gil mar Ferreira. Jurisdição Cons!ilucional, p. 86.

FREDJE DrorER lR.

impede que se possa alegar violação a qualquer direito individual específico, não havendo razão, po1tanto, para que haja intervenção de quem quer que seja, pela absoluta impossibilidade de prejuízo a direito subjetivo - razão de ser de toda modalidade interventiva, conforme já visto.15

Bem esclarecem os motivos da proibição de intervenção de terceiro, Ne1y Jr. e Nery:

"Como o processo das ações cliretas de constituciona lidade e de inconstirucionalidade são de natureza objetiva, nele não existindo o interesse subjetivo que caracteriza o processo civil comum, é inadmissível a intervenção de terceiros (denunciação da lide, chamamento ao processo, oposição e nomeação à autoria), bem como também não se admite a assistência simples (CPC 50)".

Assim, também, o Supremo Tribunal Federal, na ADIMC nº. 1 .434/SP, cujo relator foi o Min. Celso de Mello:

"O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constirucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3°). A impossibilidade da intervenção processual de entidade privada, em sede da ação direta, não traduz qualquer ofensa à garantia constitucional do contraditório. O postulado do contraditório, no processo de controle abstrato de constitucionalidade, vê-se atendido, de um lado, com a possibilidade de o órgão estatal defender, objetivamente, o próprio ato que editou, e, de outro, com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de garante e curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade jurídica da norma impugnada".16

Questão interessante e relevante, entretanto, é a de saber se um outro colegitimado à propositura da ação poderia ingressar como assistente da parte autora, em posição semelhante à de um assistente litisconsorcial. Embora não haja interesse subjetivo a ser defendido, a circunstância da colegitimação deve ser levada em consideração para que se verifique a admissibilidade da intervenção, pois quem pode o mais (ingressar com a demanda), deveria poder o menos (intervir como assistente). Os vetos aos §§ 1 º dos arts.

1 5. Essa vedação também se estende à arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando for autônoma ou abstrata, eis que também possui natureza de processo objetivo. (CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção ele terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do parti·

cular, do colegitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF". Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assunlos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Armda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 1 53).

16. STF, ADINMC nº 1 434/SP, rei. Min. Celso ele Mello,j. 20.08.1996, DJ 22.1 l . 1 996, p. 45.684.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

7º e 1 8 retromencionados - que previam exatamente a intervenção dos colegitimados -

parecem indicar que, também neste caso, a assistência não seria possível.

Não aplaudimos as razões do veto, que se baseia em dois argumentos: a) questões de celeridade; b) a possibilidade de ingresso do amicus curiae, que serviria para a abertura que o preceito vetado se dispusera a conceder.

S inceramente, não vemos como a intervenção de um colegitimado pudesse atrapalhar a razoável duração do processo, nem acreditamos ser esta uma das causas da demora dos litígios.

Do mesmo modo, o assistente litisconsorcial (no caso, colegitirnado à propositura da ação) nada tem a ver com o amicus curiae,11 verdadeiro auxiliar do juízo, cujo ingresso é determinado pelo relator, em decisão irrecorrível, atendendo às circunstâncias da causa (representatividade dos postulantes e relevância da rnatéria).18

Não se justifica, assim, proibir-se a intervenção de um colegitimado ao fundamento de que a possibilidade de manifestação daquele auxiliar especial do juízo já seria o bastante.

As razões do veto ao dispositivo que permitia este ingresso não se sustentam, razão pela qual concordamos, mais uma vez, com o pensamento de Nery Jr. e Nery, que admitem a intervenção de um colegitirnado:

"A possibilidade de haver intervenção de qualquer dos colegitimados da CF 1 03

ou da LADin 2°, na qualidade assemelhada à do 'assistente l itisconsorcial' (CPC

54), na ADin ajuizada por outro colegitimado é medida de rigor. Quem pode o mais (mover a ADIN) pode, por óbvio, o menos (intervir em ADin movida por outrem).

O veto ao § 1 º da norma ora comentada, que corretamente previa essa intervenção, não constin1i óbice para que o STF admita a intervenção desses colegitimados, na qualidade de intervenientes assemelhados ao assistente litisconsorcial. A razão do veto, ao dizer que irá haver atraso na prestação jurisdicional e que o §2° da mesma norma já autorizaria essa intervenção, data maxima venia não tem o alcance que nela se apregoa. A intervenção não irá dilargar o andamento do feito e o §2º prevê a intervenção do amic11s curiae, a critério do relator, que tem natureza completamente diversa ela que previa o § 1 º. O colegitimado pode intervir, apresentando razões, 17. "A111ic11s curiae. O relator, por decisão irrecorrivel, pode admitir a manifestação de pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento cientifico ou representatividade para opinar sobre matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do amicus curiae, originária do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a intervenção

por consenso entre as partes ou por permissão da Corte". (Nery Jr. e Nery, Código do Processo Civil Comentado ... , 200 1 : 1600).

18. Admitindo a intervenção do colcgitimado, eis a l ição de Dirley da Cunha Jr.: "Sob outro fundamento, pode-se assegurar que, ao ampliar o rol das pessoas ativamente legitimadas para o exercício da ação direta de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, a Constituição Federal tornou viável a formação de lilisconsórcio ativo no processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, a intervenção do colegitimado no processo de cont.role abstrato de constitucionalidade é providência admitida pela própria Constituição de 1 988". (CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do particular, do colegitimado e do amic11s c11riae na ADIN, ADC

e ADPF". Aspectos polêmicos e 011iais sobre os terceiros no processo civil e assw11os qfins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Warnbier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 1 54).



FREDJE DrDLER JR.

documentos, memoriais etc., colaborando com o processo objetivo, de interesse público e social, da ação direta de inconstitucionalidade".19

Se se admite o litisconsórcio ativo neste tipo de demanda, realmente não há porque impedir o ingresso de colegitimado, em posição semelhante ao de assistente litisconsorcial, que nada mais é do que hipótese de l itisconsórcio ativo facultativo ulterior.20 Não se trata, no particular, de analisar eventual interesse subjetivo do colegitimado, mas, sim, a circunstância de ter ele, também,

legitimação para a propositura da ação, o que, mutatis mulandis, o equipara àquela figura de terceiro interveniente. A razão de ser da proibição de terceiros, portanto, não se aplica no particular - e se não há identidade de razão, não cabe ao operador pugnar pela apl icação cega e tacanha da letra da lei.

7.3. Intervenção de terceiros no procedimento sumário

Permitem-se no procedimento sumário a assistência, o recurso de terceiro e a intervenção fundada em contrato de seguro, essa última, após a Lei Federal n. 1 0.444/2002, que pode ser a denunciação da lide ou o chamamento ao processo em causas de seguro.

A intervenção com base em cotitrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de direito material com o adversário do denunciante-segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 1 O 1 , II, do CDC). Setores da doutrina21

também identificaram uma nova intervenção fundada em contrato de seguro no parágrafo único elo art. 788 do CC-2002 .22 Assim, justifica-se a menção do legislador a "intervenção fundada em cotitrato de seguro", e não simplesmente a "denunciação da lide", como se poderia inicialmente imaginar23 que pode ser a denunciação da lide, o chamamento ao processo ou a intervenção prevista no parágrafo único do art. 788 do CC-2002.

8. ASSISTÊNCIA

8.1. Considerações gerais

A assistência é modalidade de intervenção de terceiro ad coadjuvandum, pela qual um terceiro ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes em litígio. Pode 19. Código de Processo Civil Comentado .... 200 1, p. 1.599.

20. Sobre o assunto, ALVIM, Thereza. O direito processual de estar em juízo, ob. eit., p. 232; ALBERTON, Gcnacéia da Silva. Assistência litisconsorcial, ob. cit., p. 74-80.

2 1 . CARVALHO, Daniel Luz Martins de, CARVALHO. Manuela Ghissoni de. "A intervenção ele terceiro em ação direta da vítima comra o segurador e o art.

788 do código civil - uma proposta ele interpretação'".

Rl'jlexos do Código Civil No Direito Processual. Rodrigo Mazzei e Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPODTVM, 2006; RODRIGUES NETO, Nelson. "A figura do estipulante na ação direta da vitima no seguro obrigatório de responsabilidade civil". Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros 110 processo civil. Freclie Didier Jr. e Teresa Armda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

p. 697-720; CUNHA, Leonardo José C arneiro da. "Algumas regras cio Novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência etc." Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética 2003.

,

n.5.

22. "Demandado em ação direta pela vitima do dano, o segurador não poderá opor exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório".

23. Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. A nova reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98-99.

388

ocorrer a qualquer tempo e grau de j urisdição, assumindo o terceiro o processo no estado em que ele se encontra. Permite-se a assistência porque esse terceiro pode vir a sofrer prejuízos jurídicos com a pro lação de decisão contra o assistido; esses prejuízos podem ser diretos/imediatos ou reflexos/mediatos. Àqueles corresponde a figura do assistente litisconsorcial; a esses, a do simples. A intervenção permite ao assistente, de certo modo, tentar influenciar no j ulgamento da causa.

O interesse jurídico é pressuposto da intervenção. Não se a autoriza quando o interesse for meramente econômico ou afetivo. Seja pelo fato de manter relação jurídica vinculada à que está deduzida, seja por ser ela própria que está deduzida.

8.2. Procedimento

O terceiro peticiona ao juiz, expondo os fatos e as razões pelas quais considera ter interesse jurídico na demanda. As partes serão intimadas a se manifestar: a) não havendo impugnação dentro de 5 dias, o pedido do assistente será deferido, se o magistrado reconhecer-lhe legitimidade para intervir (art. 5 1 , CPC); b) se houver impugnação, o juiz, sem determinar a suspensão do processo, mandará autuar o incidente em apenso e determinará a produção de provas (art. 5 1 , CPC), decidindo o incidente em cinco dias.

8.3. Classificação

8.3.J. Assistência simples ou adesiva

Na assistência sirnples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida. O interesse jurídico do terceiro reflete-se na circunstância de manter este, com o assistido, relação jurídica que poderá ser afetada a depender cio julgamento da causa. Como diz Genacéia Alberton: o assistente simples visa à vitória do assistido, tendo em vista o reflexo que a decisão possa ter em relação jurídica existente entre eles.24

Fundamental perceber que, no processo, não se discute relação jurídica da qual faça parte este terceiro, bem como não tem ele qualquer vínculo jurídico com o adversário do assistido. O terceiro intervém para ser parte auxiliar - sujeito parcial mas que, em razão de o objeto litigioso do processo não lhe dizer respeito diretamente, fica submetido à vontade do assistido. Bom exemplo é o do sublocatário, em demanda de despejo contra o locatário, pois o direito dele depende da preservação de direito de outrem; seu interesse jurídico é mediato e aparentemente altruísta, pois, para proteger o seu patrimônio, tem de ajudar na defesa cio alheio.25

24. ALBERTON, Genacéia da Silva. Assistência litisconsorcial. São Paulo: RT, 1 994, p. 68.

25. São também exemplos: a) sócios, cujos bens podem ser executados por dívida da sociedade; b) aquele que não fora denunciado da lide, embora pudesse

sê-lo, contra a sentença que condena o possível denunciante, nas hipóteses do arl. 70, 11 e 1 11; e) o nomeante expulso do processo, quando a sentença condenar o nomeado, como forma de evitar uma futura ação regressiva.

389

FREDIE ÜIDIER JR.

Há quem defenda a intervenção como assistente simples tendo em vista a existência de um interesse institucional, que seria uma dimensão do interesse

jurídico.

Explica o tema Robson Godinho: "A situação em que se nos afigura mais evidente a presença de interesse institucional é exatamente a hipótese envolvendo prerrogativas institucionais, direitos e garantias de membros do Ministério Público.

Em princípio, portanto, apenas em processos em que se possa vislumbrar prejuízo institucional atual ou potencial dos membros do Ministério Público é que se faria presente o interesse jurídico. Em suma, a esfera jurídica do Ministério Público confunde-se com as prerrogativas, direitos e deveres de seus membros e o interesse institucional é que habilitará a 1 nstituição a ingressar em processo como assistente simples. Tudo aquilo que não disser respeito à esfera pessoal do membro do Ministério Público será interesse institucional, já que o Promotor estará no exercício da função e, portanto, não haverá rigorosamente um agir individual e personalizado que possa ser destacado de seu vínculo funcional. O interesse institucional, portanto, transcende a esfera subjetiva do membro da Instituição, fazendo com que haja interesse do Ministério Público em que a sentença seja favorável a seu membro e, com isso, seja favorável à própria Instituição, que teria sua situação jurídica prejudicada em caso de vitória do adversário no processo. (...) É exatamente essa noção de 'caráter institucional' que legitima a intervenção do próprio Ministério Público como assistente simples, a fim de tutelar um interesse institucional".26

26. "Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico". Aspeclos polémicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 83 1 -833. O autor cita os seguintes exemplos de aplicação da sua teoria: a) em determinada Comarca, 6 ajuizada uma ação em face de um Promotor de Justiça para que se abstenha de se pronunciar na imprensa sobre determinados fatos relacionados a processos em andamento, sob pena de multa diâria. Nessa hipótese. entendemos que haveria interesse institucional a justificar a intervenção do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral de Justiça, em razão de uma decisão que viole a livre manifestação pública (nos l i mites legais, evidentemente) causar prejuízo aluai ou potencial a toda Instituição; b) Imagine-se, ainda, que um prefeito ajuíze uma ação em face de um membro do Ministério Público alegando que as audiências públicas por ele promovidas, relatórios e recomendações por ele emitidos causam-lhe prejuízos morais e políticos junto à população e, não sendo

!'unção do Ministério Público interferir nos rumos da política local, requer que se abstenha de emitir qualquer relatório ou recomendação e a promover audiências públicas que se refiram à administração municipal, sob pena de pagamento de multa diária. Também aqui nos parece evidente a presença de interesse institucional, por se tratar de uma legítima atribuição do Ministério Público a promoção de audiência pública e a expedição de relatórios e recomendações; c) Outra situação que revela a presença inequívoca de interesse jurídico institucional é a impetração de mandado de segurança por violação de direito líquido e certo de um membro do Ministério Público relacionado com exercício de suas fun

ções. Em hipóteses desse jaez, a violação sempre será de um direito ou prerrogativa funcional, o que transcenderá a esfera suhjetiva e pessoal do agente. habilitando a instituição a intervir no processo. São os seguintes os exemplos que podem ser formulados: desrespeito ao poder de requisição do Ministério Público; recusa de determinado juiz a intimar pessoalmente o Promotor de Justiça por meio de entrega dos autos com vista; impedir o acesso do Promotor de Justiça a determinadas dependências do fórum ou de qualquer outro órgão público. Em qualquer dessas h ipóteses, a i mpetração de mandado de segurança pelo membro cio Mi nistério Público habilita a intervenção da própria Instituição no processo.

É certo que o membro do Ministcrío Público impetrará o mandado de segurança em nome da própria Instituição (como seu "presentante") e não em nome próprio, mas, em razão do interesse institucional.

]NTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Limita-se o assistente a auxiliar a parte principal, utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc.).

Assume a responsabil idade pelo pagamento das custas na proporção da atividade que tiver exercido (art. 32, CPC).

O assistente simples atua no processo como legitimado extraordinário - pois, em

nome próprio, auxilia a defesa de direito alheio. Trata-se de legitimação extraordinária subordinada, pois a presença do titular da relação jurídica controve11ida é essencial para a regularidade do contraditório.27

Sendo revel o assistido, será considerado o assistente o seu gestor de negócios: a revelia do assistido não produz efeitos ante a atuação do assistente. Segundo Waldemar Mariz de Oliveira, o assistente funciona como substituto processual sui generis, que se afasta do processo com a retomada da marcha processual pelo assistido. Somente os atos benéficos devem ser acolhidos quando praticados pelo assistente como gestor do assistido.

A gestão restringe-se ao campo processual, não atingindo atos que digam com o direito material (reconhecimento da procedência do pedido, p. ex.).

Essa assistência não obsta a que a parte principal reconJ1eça a procedência do pedido, desista da ação etc. (art. 53, CPC), ficando sujeito o assistente aos atos de disposição do assistido, pois é deste o objeto da relação j urídica discutida.

Há precedentes do STJ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Assim, como o assistido não recorreu, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria "contrnriar" a vontade do assistido, que não recorreu. Assim, por exemplo, STJ, 2ª. T., REsp n. 535.937/SP, Rei. M.in. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 1 0 . 1 0.2006, p. 293: " 1 . É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida". Há um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É

essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz que, revel o assistido, atuará o assistente como seu gestor de negócios (legitimado extraordinário).

entendemos ser importante permitir a participação no processo do Procurador-Geral de Justiça, na condição de assistente. Também é possível haver assist&ncia

no caso de o membro do Ministério Público ser apontado como autoridade coatora em mandado ele segurança, desde que esteja envolvida alguma questão institucional (p. 833-834).

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apon1a111e111os para 11111 estudo sistemático da legitimação extraordinária, p. 1 0-12. Também assim, DINAMA RCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II, p. 3 1 1 .

Ora, o dispositivo se aplica aos demais casos de condutas omissivas do assistido, não apenas à revelia.

Agora, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não-recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (art. 53 do CPC).

Assim, quando houver manifestação de vontade do assistido no sentido de não impugnar ou não mais impugnar a decisão (negócios jurídicos processuais), o recurso do assistente simples será anódino. Quando não houver manifestação de vontade do assistido, que praticou atos-fatos processuais, como a perda de um prazo, a atuação do assistido será eficaz e, caso tenha recorrido, o recurso deve ser conhecido, salvo expressa manifestação contrária do assistido. Exatamente porque se trata de um ato-fato processual, em que a vontade é irrelevante para a configuração da hipótese normativa, não se pode constatar o contraste entre a vontade do assistente simples e a vontade do assistido; esse contraste não se admite, na forma do art. 53, por isso que, quando houver ato negocial dispositivo pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá ser em sentido contrário28.

Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), está correto o precedente do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se "verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial" (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª. T., REsp n. 1 05.61 27/RJ, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, j . em 1 9.08.2008, publicado no DJe de 1 6.09.2008).

Não poderá o assistente discutir a ".Justiça da decisão" do processo em que interveio, salvo se provar: fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55 do CPC). Exemplo: o tabelião que intervém como assistente simples em demanda que pretende nulificar a

escritura pública por ele lavrada, em razão de dolo, não poderá, depois, em demanda regressiva porventura ajuizada, discutir a existência do dolo, premissa que foi levada em consideração na sentença proferida no primeiro processo.29 Há duas hipóteses em que o assistente simples escapa à eficácia da intervenção: se, pelo estado em que assumiu o processo, fora impedido de produzir 28. Nesse sentido, bá decisão da 6" Tunna do mesmo STJ: "A regra inserta no art. 52 do CPC é expressa no sentido de que o assistente simples é auxiliar da parte principal, possuindo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais, não podendo, todavia, praticar atos contrários à vontade do assistido. - Segundo a melhor exegese deste preceito, pode o assistente interpor recurso, ainda que não o faça o assistido, desde que não haja por parle deste expressa manifestação em sentido contrário. - Precedentes - Recurso especial conhecido e provido." (Rcsp n. 99.1 23/PR, rei. Min. Vicente Leal, j. em 3.6.2002, acórdão publicado ao DJ de 1º.7 .2002).

29. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 2 1 2.

provas suscetíveis de influir na sentença ou se desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55, l e II, CPC).

Assim, uma vez demandado em outro processo, poderá o assistente simples alegar uma dessas duas hipóteses, com o objetivo de desconstituir a eficácia da intervenção.

Essas alegações, que são questões de defesa do assistente simples, são chamadas de exceptio ma/e gesti processus: exceçã.o de má-gestão processual. O assistente simples alega, em suma, que não pode ficar vinculado à justiça da decisão, pois o processo foi mal conduzido pelo assistido.

A doutrina costuma designar esse fenômeno de "eficácia da intervenção". Vejamos a explicação de Marinoni e Arenhart:

"Figura semelhante à coisa julgada, o efeito da intervenção também impede ao assistente que discuta a decisão prolatada em eventual processo futuro, tornando

-a imutável para ele, assim como acontecerá, em face do trânsito em julgado da sentença de mérito, para a parte. (...)

Como já foi dito, o efeito da intervenção não se confunde com a coisa julgada, sendo ao mesmo tempo mais restrito e mais abrangente do que esta última figura. Mais abrangente porque enquanto a coisa julgada apenas incide sobre o dispositivo da sentença (arts. 468 e 469 do CPC), o efeito da intervenção abrange também a sua motivação, como se tem por evidente da locução empregada pelo art. 55 do CPC, que profbe o assistente de discutir não só a decisão, mas também a 'justiça' desta última. De outra pat1e, porém, o efeito é mais restrito do que a coisa julgada, já que esta não pode jamais ser afastada (a não ser em circunstâncias excepcionalíssimas, diante de ação própria para tanto, a ação rescisória - art. 485 do CPC), ao passo que o efeito da intervenção cede se o assistente alegar e provar que 'pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença', ou que 'desconhecia a existência de alegações e ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu".3º

O assistente é parte, só que auxiliar, com menos poderes. Não é parte do litígio, mas é parte do processo. De um modo geral, os processualistas não o consideram parte, o que é um equívoco.

8.3.2. Assistência litisconsorcial

A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa. Diz-se que há esse tipo de interesse jurídico quando a decisão puder afetar relação jurídica de que seja o terceiro, também ou só ele, titular. Mantém, o terceiro, relação jurídica com a parte adversária daquela a quem pretende ajudar.

É possível que a relação jurídica litigiosa envolva ou pertença exclusivamente a pessoas que não estejam fazendo parte do processo: a) na substituição processual, a relação j urídica controvertida pertence ao substituído que, terceiro, poderá recorrer para proteger o seu direito afetado pela decisão (até porque, segundo a maioria, ficará acobertado pela 30. Manual do processo de conhecimento. 3 cd. São Paulo: RT, 2004, p. 2 1 1 .

393

N

coisa julgada); b) em caso de litisconsórcio unitário facultativo, quando o terceiro ingressa no feito para discutir direitos dos quais também é tih1lar; c) na hipótese do adquirente de coisa ou direito litigioso alienado inter vivos que não sucedeu o alienante no feito, ex vi do art. 42, §3º, CPC. Em todas estas situações, a decisão eventualmente proferida pode dizer respeito a direitos que pertencem, também ou exclusivamente, a terceiros, até aquele momento, estranhos ao processo.31 O vínculo jurídico aqui é direto e, portanto, mais forte: a relação jurídica de que o terceiro se afinna titular é exatamente aquela discutida judicialmente. São as hipóteses de assistência litisconsorcial.

A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior.32

Trata-se de intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido,33 daí porque o seu tratamento é igual àquele deferido ao assistido, isto é, atua com a mesma intensidade processual, não vigorando as normas que o colocam em posição subsidiária.

Há autores, no entan10, que não tratam a assistência litisconsorcial como hipótese de litisconsórcio ulterior. Para esses autores, a assistência, simples ou litisconsorcial, não toma o assistente litisconsorte. Entendem tratar-se a intervenção de um colegitimado de intervenção litisconsorcial voluntária, seguindo a tenninologia de José Carlos Barbosa Moreira.34

São exemplos: a) o sócio que adere à pretensão de outro na dissolução da sociedade; b) o acionista que ingressa na ação em que um grupo pede a anulação da assembleia geral ordinária.

8.4. Intervenção do colegitimado35

Colegitimado é aquele que, por ser também titular da relação juridica já deduzida em juízo por outrem ou por legitimação extraordinária conferida pela lei, teria legitimação ativa para propor a mesma demanda já proposta ou, no caso de ser co-titular da relação jurídica, teria legitimação passiva para ter sido demandado.

Poderia o colegitimado, que não esteja no processo, por vontade própria, ingressar no feito? Sim, sem dúvida. A questão, pois, é saber a que título este

colegitimado interviria.

3 1 . A regra do an. 472, CPC, que, pcrcmptoriamentc, afirma não poder a coisa julgada prejudicar nem beneficiar terceiros, não se aplica inclis1in1amente a todas as siwações, como se sabe. Nem é preciso apelar-se para a (;o isa julgada coletiva, para que se exemplifique uma eficácia subjetiva ex1ra partes da coisa julgada; os exemplos citados no texto são encontrados em litígios individuais e estão espalhados no CPC/73, escancaradamente individualista. Bem se apercebeu do aspecto um dos membros da Comissão Revisora, o Des.

Luis Antônio Andrade, em Aspec1os t· fnovações do Código de Processo Civil (processo de co11heci111en10).

Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, t 974, p. t 92-193.

32. Sobre o assunto, ALVIM, Thereza. O direi lo processual de es1ar em juízo, ob. ciL, p. 232; ALBERTO , Gcoacéia da Silva. Assis1ência li1isconsorcial, ob. ci1., p. 74-80.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 78-79.

34. "Intervenção litiscoosorcial voluntária ... Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, t 97 t , p. 2 1 -38.

35. Item escrito com o imprescindível apoio dos professores Rafael Oliveira e Paula Samo Braga, meus assistentes no Curso de Pós-graduação.

[NTERVENÇÀO DE TERCEIROS

Cândido Rangel Dinamarco entende que haveria aí uma intervenção litisconsorcial de colegitimados extraordinários. 36 Tratar-se-ia, segundo o aludido autor, de um desdobramento da intervenção litisconsorcial voluntária.

O objetivo de Dinamarco é manter a coerência do seu raciocínio, segundo o qual seria inadmissível que o ingresso do colegitimado se desse pela via da assistência litisconsorcial.

isto porque, para ele, o assistente apenas intervém com intuito ad coadjuvandum, jamais o faz na defesa de um interesse próprio.

O caso, porém, é de intervenção como assistente litisconsorcial.

O colegitimado interviria no processo, sem dúvida, como assistente litisconsorcial, tornando em conta que a assistência litisconsorcial, segundo entendemos, nada mais é do que um caso de litisconsórcio facultativo ulterior permitido pelo sistema, em razão do regime de unitariedade com que devem ser tratados os litisconsortes (litisconsórcio unitário).37 Passaria, nessa condição, a atuar corno verdadeiro litisconsorte ativo, defendendo, em nome próprio, direito já deduzido em juízo, cuja titularidade é (também) sua, em razão de inserir-se na situação ativa gerada pela relação jurídica plurissubjetiva posta para apreciação do Poder Judiciário.

8.5. Intervenção de legitimado extraordinário para a defesa de direitos coletivos (lato sensu) como assistente simples em processo individual

No final de fevereiro de 2008, o STF admitiu a intervenção de um sindicato na qualidade de assistente simples (Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo -

SfNDfFUMO), em processo que envolve uma indústria de cigarros, em que se discute a constitucionalidade do Decreto-lei n. 1 .593/1 977 (RE n. 550.769 QO/RJ, rei. Min. Joaquim Barbosa, 28.2.2008, publicada no Informativo do STF n. 496).

É certo que o Sindicato não mantém com o assistido uma relação jurídica conexa com a que se discute. Desta forma, inviável a assistência simples, de acordo com o entendimento tradicional sobre o tema, exposto linhas atrás.

36. O autor aponta como um dos exemplos desta modalidade de intervenção, o do sócio que intervém no processo instaurado por iniciativa de outros sócios, para anulação de deliberação assemblear (Jnslituições de direi/o processual civil, vol. 11. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 3 8 1).

37. Neste sentido, dentre outros. Ovídio A. Baplista da Silva (Comenrários ao Código de Processo Civil. vol. 1, ob. cit., p. 293 e seguintes) e Thereza Alvim. Esta última, nos seguintes termos: "(...) haverá o assistente de ser considerado litisconsorle do assistido, recebendo, pois, o 1ra1amento de lilisconso 1te e serão

assim considerados porque se por eles, ou contra eles, fosse deduzido o pedido, a situação já estaria estampada no processo. As partes originárias e seus assistentes litisconsorciais, estão sujeitos ao regime da unitariedade, ante a circunst ância de estar sendo deduzido um só pedido'" (ALVIM, Thereza. O direiro processual de eswr em juízo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 996, p 238). Em sentido oposto, Alhos Gusmão Carneiro (1111ervenção de Jerceiros. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176) e Cândido Rangel Dinamareo, nestas palavras: "A má redação de dispositivos do Código de Processo Civil dá a entender que o assistente lilisconsorcial não seja um assistente e sim um li1isco11sorle, mas essa ideia é inteiramente falsa. (...) Em suma, prepondera o substantivo assisrência sobre o adjetivo lilisconsorcial e o assistente é sempre assis1e111e, ainda quando a lei o qualifica como lilisconsorciaf" (DINAMA RCO, Cândido Rangel. lns1it11ições de direito processual civil, vol. n, ob. cil., p. 391).

395

FREDIE ÜJDIER JR.

Sucede que o STF entendeu que o interesse jurídico que autoriza a assistência simples, no caso mencionado, configurou-se pela constatação de que o j ulgamento do STF poderia definir a orientação da jurisprudência em torno do tema (constitucionalidade de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo, como a interdição de estabelecimento), que serviria para a solução de um número indefinido de casos.

A relação jurídica conexa à relação discutida, aqui, é uma relação jurídica

coletiva, pois envolve a proteção de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence à coletividade das vítimas38 (no ca o, as indústrias de tabaco).

O julgamento é bem interessante e merece registro.

Admitindo a força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de permitir a ampliação do debate em momento anterior à formação da orientação jurisprudencial. Quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da afirmação ele existência de uma relação jurídica de direito coletivo (lato sensu).

Note, porém, que, exatamente por isso, o assistente simples, nesses casos, teria de ser um legitimado extraordinário coletivo: ente que tenha legitimação para a ação coletiva referente aos direitos individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Permitir a intervenção de indivíduos titulares de direito individual semelhante ao que se discute em juízo certamente causaria grande tumulto processual.

SÉRGIO CRUZ ARENHART já defendia a necessária ampliação da noção ele interesse para intervir como assistente simples, tendo em vista a força vinculativa do precedente judicial. Entende, porém, que deveria admitir-se a intervenção do indivíduo: "É certo que a ampliação desavisada do conceito de ' interesse de intervenção' pode tornar inviável a solução da lide, por gerar a invasão de terceiros no processo formado. Todavia, no outro vértice da questão, a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes 'terceiros' que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, efetivamente, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, de fato e de maneira concreta, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista como não apenas o direito de se manifestar, mas de influir efetivamente na decisão judicial. Não há dúvida de que este direito é violado se 38. DIDIER Jr., Fredie, ZANETI,

Hcm1cs. Curso de direito processual civil. 3' ed. Salvador: Editora JusPO

DlVM. 2008, v. 4, p. 77-84; GLDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1 995, p. 22-23

396

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o

interessado pretende apontar os argumentos".39

Como se trata de situação que pode dizer respeito a um sem-número de indivíduos, parece realmente que a técnica mais adequada para resolver o conflito entre o direito ao contraditório destes terceiros interessados na fixação do precedente e o direito à duração razoável do processo é, no caso, permitir apenas a intervenção de legitimado à proteção jurisdicional de direito coletivo (lato sensu).

A decisão reforça, ainda, uma percepção demonstrada no v. 2 deste Curso, no capítulo sobre precedente judicial: o Direito brasileiro vem sendo reestruturado a cada dia para dar aos precedentes judiciais força vinculativa. Ao lado disso, parece inexorável a tendência de adaptar o processo individual ao julgamento de causas repetitivas (arts. 285-A e 543-B, por exemplo).

Perceba também que já se admitia intervenção semelhante nos processos individuais, notadamente naqueles em se discutia incidenter tantum a inconstitucionalidade de um ato normativo. Sucede que, nesses casos, a intervenção se dava na qualidade de amicus curiae: no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (arl. 482, § § 1 º, 2°

e 3°, do CPC) e no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 8/2006).

O STF simplificou a questão, com perdão pelo trocadilho, permitindo a intervenção como assistente simples, instituto já consagrado pela tradição jurídica brasileira e expressamente regulado pelo CPC.

A decisão segue, pois, uma tendência, já divisada pela doutrina, de redefinição do pressuposto do interesse jurídico para a intervenção como assistente simples, consoante demonstrando linhas atrás.

9. OPOSIÇÃO

9.1. Conceito

"A oposição é a demanda por meio da qual terceiro deduz em juízo pretensão incompatível com os interesses conflitantes de autor e réu de um processo cognitivo pendente".4º

Cabe oposição quando terceiro pretende a coisa/direito que está sendo disputada por duas ou mais pessoas. O terceiro mete-se no processo e inclui a sua pretensão, que, como se vê, é incompatível com as pretensões dos demandantes originários. O terceiro, com isso, agrega ao processo um novo pedido: a sentença deverá examinar as pretensões do autor originário e do terceiro/opoente.

39. ARENHART, Sérgio Cruz. "O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes". ln: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1 1 , p. 436-437.

40. DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 381 -382.

fREDIE DIDIER JR.

Como o opoente demanda pretensão própria, incompatível com a dos litigantes, não pode formulá-la em sede de recurso, pois suprimiria uma instância, a primeira, competente originária e funcionalmente para conhecer e julgar a causa. O termo final da admissibilidade da oposição é, então, de acordo com o art. 56, CPC, o momento em que proferida a sentença Uuízo de primeiro grau), o que impõe a conclusão de que a oposição somente é aceita na pendência de demanda de conhecimento em primeiro grau.41

A oposição gera um litisconsórcio passivo necessário (por força de lei) ulterior simples. O opoente formula a sua demanda em face das partes originárias, em litisconsórcio simples, pois em face de cada um há uma pretensão: em face do autor originário, pretensão meramente declaratória; em face do réu originário, pretensão relacionada a alguma prestação, devolução da coisa. pagamento de quantia, obrigação de fazer ou de não-fazer.

Trata-se de modalidade interventiva que somente pode ser implementada no processo de conhecimento.

9.2. Tipos

Há duas espécies de oposição: a interventiva e a autônoma.42 São reguladas, respectivamente, pelos artigos 59 e 60 do CPC. A oposição será uma ou outra a depender do momento em que exercida: se antes da audiência de instrução e julgamento, será interventiva; se ajuizada após o início da audiência de instrução e julgamento, e antes da sentença, será autônoma.

Pouco importa a espécie, havendo a oposição de ser julgada junto com a demanda originária, na mesma sentença, deve ser apreciada em primeiro l ugar, pois é demanda prejudicial: se a coisa/direito é do terceiro, então não será nem do autor nem do réu originários (art. 6 1 do CPC). Em ambas as modalidades, a competência é do juízo da causa originária (competência funcional e, pois, absoluta) e a citação pode ser feita na pessoa dos advogados dos opostos, que têm esse poder especial ex vi legis. No entanto, se na causa originária o réu for revel, a sua citação para a oposição será feita normalmente, ou seja, será pessoal (parágrafo único do art. 57 do CPC). O prazo de defesa é comum (quinze dias), afastando-se a regra geral do art. 1 9 1 do CPC (art. 57 do CPC).

A oposição interventiva é verdadeiramente uma intervenção de terceiro. Trata-se de incidente processual, pelo qual o terceiro vale-se do processo pendente para formular a sua pretensão sobre a coisa/direito.

4 1 . DINAMARCO (/11tervenção de terceiros ... , p. 76). O Anteprojeto Buzaid propunha a admissibilidade da oposição "enquanto não passar em julgado a sentença'" (art. 59), sendo que a opção pela atual redação do arl. 56 expõe, com nitidez, a mudança da proposta originária. Explica Dinamarco que nem sempre foi assim, o que pode ser a causa da celeuma sobre o assunto: "Não era assim no Código anterior e não é em alguns sistemas jurídico-processuais da atualidade.

Também diversos Códigos estaduais admitiam a oposição até quando definitivamente julgada a causa, ou seja, até o momento em que a sentença ou acórdão transitasse em julgado."

42. DINAMARCO. Candido Rangel. /ns1iluições de Direiro Processual Civil. p. 381 e segs.



A oposição autônoma é um processo incidente proposto por terceiro (neste ponto, assemelha-se aos embargos de terceiro). Terceiro não se mete em processo pendente; gera processo novo. Não é, pois, propriamente, uma intervenção de terceiro. Três características são muito impo1tantes, pois servem para distinguir a oposição autônoma de uma ação autônoma comum proposta por terceiro: a) competência funcional do juiz da causa principal; b) possível suspensão do processo, pelo prazo máximo de 90 dias, confiada ao poder do juiz: o juiz só deve abster-se de determinar a suspensão se for muito gravosa aos opostos; c) possível unidade de julgamento, em uma mesma sentença, que vai depender da suspensão do processo, mas que é do interesse público, pois se trata de característica inerente às causas conexas.

9.3. Reconhecimento da 1>rocedência do pedido pelos opostos

Se ambos os réus-opostos reconhecerem a procedência da oposição, haverá julgamento conforme o estado do processo da oposição e da causa originária, em favor do opoente.

Se o reconhecimento for de um dos réus-opostos, o processo prossegue contra o outro litigante (art. 58, CPC). Se o autor-oposto reconhecer a procedência da oposição, está renunciando, obviamente, à pretensão contra o réu da demanda originária.

9.4. Oposições sucessivas e oposições convergentes

"Alguns códigos estaduais brasileiros consagravam por explícito a admissibilidade de oposições sucessivas".43 O silêncio do CPC/73, segundo os doutrinadores, não implica a proibição de oposições sucessivas, sendo admissíveis uma segunda, e terceira e sucessivas oposições, destinadas à exclusão das pretensões das parles e dos opoentes anteriores. "O

quadro subjetivo do 1 itígio será mais complexo do que o de uma oposição única, uma vez que a nova iniciativa terá como demandados não só o autor e réu primitivos, mas também

'

o autor da primeira oposiçã.o".

Oposições convergentes são aquelas deduzidas no processo para impugnação da

pretensão do autor inicial. Não se trata de oposição a uma oposição, mas de dois ou diversos terceiros postulando para si o mesmo bem querido pelo autor-oposto e cada um deles comparecendo com sua oposição sem levar em conta a oposição do outro. H ipótese raríssima e meramente acadêmica.

10. NOMEAÇÃO À AUTORIA

10.1. Generalidades

Há certas relações jurídicas de mera dependência (e que não geram para o dependente qualquer regresso contra o dominante) que não apresentam caracteres perceptíveis ao mundo exterior quanto à sua titularidade, de tal so1te que, sob esse ângulo, a atividade ou o ato prestado não parecem ter sido praticados pelo real titular da relação material.44

43. DINAMARCO, Candido Rangel. /mervenção de Terceiros. sle. São Paulo: Malheiros, 1 997. p. 86.

44. FUX, Luiz. /111erve11ção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 23.

FREDIE DIDIER JR.

Por isso, muita vez ocorre de alguém demandar equivocadarnente contra outrem, enganado pela aparência. Assim, por exemplo, alguém pode demandar contra o capataz, pensando ser ele o possuidor.

A nomeação à autoria (laudalio auctoris ou nominatio auctoris) é o instituto processual pelo qual se convoca, coativamente, o sujeito oculto das relações de dependência, corrigindo-se o polo passivo da relação jurídica processual. Tem dois objetivos: a) indicar ao autor o real titular da situação legitimante passiva;

b) retirar do sujeito dependente o ônus de conduzir um processo que não lhe diz respeito.45 Normalmente, o caso seria de extinção do processo por carência de ação, mas, por questões de economia, aproveita-se o processo pendente e corrige-se o equívoco. Frise-se: na nomeação à autoria, alega-se que a relação jurídica discutida envolve nomeado e adversário do nomeante.

" ... a lei facilita as coisas para o autor que se enganou: permite que o processo, instaurado em face de pessoa diversa daquela a quem se deveria ter endereçado o pedido, continue, seja aproveitado, mediante esse expediente, que consiste na indicação do verdadeiro legitimado passivo, por aquele que foi demandado por equívoco".46

Trata-se de intervenção de terceiro provocada pelo réu, que não amplia o objeto litigioso do processo. A razão de caber ao réu a nomeação encontra respaldo na dispensabilidade que tem o autor de investigar, a fundo, quem de direito é o legitimado passivo. O

réu, porquanto mantenha a relação de dependência com o terceiro, tem todas as condições de indicar a legítima parte ré. É a extensão ao processo civil da teoria da aparência.47

Embora o autor não saiba que se equivocou na indicação do réu, desconhecendo aquele em face de quem a demanda deveria ser proposta, o réu indevidamente demandado sabe quem deveria ter sido demandado; ele tem consciência desse fato, que fora encoberto pela aparência. A imposição da nomeação à autoria é, assim, uma concretização do princípio da boa-fé processual e do princípio da cooperação.

Trata-se, ainda, de um dever processual do réu, que, se deixar de fazer a nomeação ou fizer a nomeação de pessoa diversa, quando for o caso, estará propiciando o prosseguimento de um processo inútil ao fim visado, respondendo por perdas e danos (art. 69, I e II, CPC).

Rigorosamente, a nomeação à autoria mais se assemelha a uma sucessão voluntária do que a uma intervenção de terceiro: o nomeado sucede o nomeante, que sai do processo.

Não há ampliação subjetiva do processo, apenas a modificação de um dos seus polos.48

Finalmente, é instituto exclusivo do processo de co11hecimento.

Não é sempre que se alega ilegitimidade passiva que se deve, ato-contínuo, nomear à autoria. São dois os casos em que se impõe a nomeação. Examinemo-los.

45. FUX, Luiz. !111ervençào de terceiros, cit., p. 24.

46. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, p. 8 1 .

47. FUX, Luiz. Intervenção de 1erceiros. cit.. p. 24.

48. GRECO FILHO, Vicente. Da intervenção de lerceiros. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 199 1 .

10.2. A nomeação à autoria feita pelo mero detentor (art. 62 do CPC) e a regra do art. 1 .228 do CC-2002

Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor (art. 62, CPC). Trata-se da situação do mero detentor, que nada mais é do que um instrumento para a posse do verdadeiro possuidor. Uma vez demandado, o mero detentor deverá nomear à autoria o seu amo.

O caput do art. 1 .228 do CC-2002 afirma que o proprietário pode reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha. Inova, em relação ao CC- 1 916, ao mencionar a possibilidade de demanda reivindicatória proposta em face do detentor (art. 1 . 1 98 do CC-2002).

Surge, então, a seguinte dúvida: teria o CC-2002 conferido ao detentor legitimidade passiva ad causam para a ação reivindicatória? Se a resposta for positiva,49 teríamos de concluir que não tem mais aplicação o disposto no art. 62 do CPC, que cuida da nomeação à autoria - portanto, correção do polo passivo da demanda - nas ações reivindicatórias propostas em face do detentor, que deveria indicar o possuidor ou proprietário. É que, se assim fosse, nada haveria a corrigir, já que o mero detentor seria, por força do art. 1 .228

do CC-2002, parte legítima para aquela demanda.

Não é isso, porém, o que pensamos. Pennanece em vigor o art. 62 do CPC.

Enfrentou a questão Alexandre Freitas Câmara. Segundo o processualista fluminense, a cláusula "ou detenha", contida no mencionado artigo do CC-2002, deve ser considerada como não-escrita, por ferir o devido processo legal. Afinna que, se assim não fosse, a demanda eventualmente proposta em face do detentor seria inútil, pois o comando da sentença, à luz do disposto no art. 472 do CPC, não poderia ser oposto contra o possuidor/

proprietário de quem o detentor é fâmulo, que não participou do processo e que certamente, por causa disso, ajuizaria embargos de terceiro para se contrapor a qualquer tentativa judicial de efetivação da sentença.50

O único jeito de salvar a nova redação seria considerar o mero detentor como legitimado extraordinário (substituto processual): estaria autorizado por lei a defender, em nome próprio, interesse alheio (o do seu amo). Não nos convence a tentativa, contudo.

Seria irrazoável permitir ao subordinado defender em juízo interesses do seu patrão, que, pelas regras da experiência, a princípio dispõe de melhores condições para isso. Além disso, importante doutrina afirma que "a legitimação extraordinária somente é admissível 49. Esse é o pensamento de Marco Aurélio Viana: "Observamos que o art. 524 do Código de 1 9 1 6 referia-se apenas ao possuidor, não havendo menção ao detentor. Mas não havia dúvida quanto à possibilidade de se manejar a ação contra o detentor. O art. 1 .228 incluiu a

figura do detentor, afastando qualquer dúvida que se pudesse ter". (Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 26). A questão, como se vê, não é tão simples como se afimia.

50. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, V. !, p. 194-195.



quando se tratar de mecanismo destinado à tutela do interesse do legitimado extraordinário, ante a inércia do substituído",51 o que definitivamente não é o caso.

A despeito da redação do art. 1 .228 do CC-2002, não possui o mero detentor (art.

1 . 1 98 do CC-2002) legitimidade passiva ad causam para a ação reivindicatória, razão pela qual deve nomear à autoria o verdadeiro possuidor/proprietário, tudo na forma como prescreve o art. 62 do CPC, que se mantém incólume.

1 0.3. A nomeação à autoria feita pelo preposto (art. 63 do CPC). Confronto com os arts. 932, m, e 942, ambos do CC-2002

O art. 63 do CPC permite àquele contra quem o proprietário ou titular de um direito sobre a coisa propõe ação indenizatória por prejuízos sofridos, e que foi o causador dos prejuízos, nomear à autoria o terceiro, desde que alegue que praticou o ato (art. 63, CPC) por ordem ou em cumprimento das suas instruções.

Discute-se se o caso é realmente de nomeação à autoria. É que todo aquele que concorre para o dano, praticando o ato il ícito, é por ele responsável, na forma do parágrafo único do art. 942 do CC-2002. Sendo assim, o réu originário seria também parte legítima, na medida em que é responsável solidário. Ao nomear à autoria, na verdade estaria o preposto indicando um outro co-responsável, também parte legítima, em situação que se encaixa à perfeição à bipótese do chamamento ao processo. Seria, então, u m chamamento ao processo obrigatório (porquanto obrigatória é a nomeação à autoria). Eis a lição de Flávio Cheim Jorge, que nos serve como arremate:

"O mais importante quando se analisa esse art. 63 do Código de Processo Civil é que o mesmo, ao contrário do art. 62, acaba por prever uma situação em que o demandado possui inegavelmente legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

Cuida-se precisamente da existência de litisconsorte facultativo, advindo da solidariedade existente entre nomeante e nomeado. Perante a vítima do dano, ambos têm a obrigação ele indenizar tanto aquele que determinou a prática do ato quanto aquele que efetivamente o praticou. Em tal situação, a solidariedade advém da conjuga

ção do art. l .5 1 8 com o art. l .521, 1 II, ambos do Código Civil [correspondentes, respectivamente, aos arts. 94251 e 932, 11!,53 do CC-2002].

Isso denota que a nomeação à autoria, na bjpótese prevista no art. 63, não visa, propriamente, a correção da legitimidade passiva, mas sim a inclusão de outro réu 5 1 . BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 99.

52. "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".

53. "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) Ili - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".

também responsável pelo causamento de determinado dano. (...) cuida-se de situação onde seria cabível o chamamento ao processo."54

Perceberam o problema Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: "A rigor, ambos respondem pelos prej u ízos: a) o réu, preposto, porque causador direto do dano; b) o preponente, de forma objetiva responde pelos prej uízos causados pelo preposto".55

Obtempera, porém, Daniel Carvalho: "A solução afigura-se catastrófica, no entanto, do ponto de vista pragmático. Haveria a possibilidade de recusa (art. 66 CPC) do nomeado? Reconhecendo o nomeado a qualidade que lhe é atribuída, haveria sucessão processual? Seria a nomeação à autoria, neste caso, obrigatória? A sucessão processual entre nomeante e nomeado, consignada no art. 66 do CPC, é finalidade precípua da nomeação à autoria. A regra amolda-se perfeitamente à hipótese do art.

62, já que o detentor não é legitimado para figurar no polo passivo da reivindicatória, devendo ser excluído da relação processual. O mesmo não ocorre, por óbvio, quando nomeado e nomeante são igualmente responsáveis perante o autor, devendo neste caso responder ambos pela obrigação em litisconsórcio passivo. Não obstante, o art.

66 traz regra aplicável à nomeação à autoria genericamente, não distinguindo enlTe as duas espécies. Fica claro que a hipótese do art. 63 está colocada fora de contexto".56

10.4. Procedimento

A nomeação haverá de ser feita no prazo de defesa. Deferindo o pedido, o juiz tomará duas providências: a) ouvirá o autor sobre a nomeação: acaso silencie, presume-se a aceitação; a recusa somente poderá ser expressa; b) suspenderá o processo.

Aceita a nomeação, deverá o autor promover a citação do nomeado. O processo passará a correr contra o nomeado e o primitivo demandado será excluído da relação processual, em ato chamado de extromissão da parte.

Ao nomeado abrem-se duas possibilidades: a) reconhece a qualidade que lhe é atribuída: tácita ou expressamente; b) nega a qualidade que lhe é atribuída: pelo CPC, prossegue o processo contra o nomeante (ait. 66, CPC), que terá novo prazo pai·a contestar.

Essa última solução é duramente criticada pela doutrina, pois, se o nomeado pode meramente recusar a sua nomeação, o instituto perde muito da sua utilidade. Parte da doutrina entende que não se lhe estendem os efeitos da coisa julgada caso a recuse. Celso Barbi defende a aplicação analógica de antiga regra do direito português, inspiração do nosso instituto, de forma a lhe estender tais efeitos.57 Barbosa Moreira, que tem opinião semelhante, explica: "mesmo que o

processo prossiga apenas contra o nomeante, se, ao final, se verificar que a legitimação passiva cabia ao nomeado, que recusou a nomeação, 54. Chamamento ao processo. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1 19-120.

55. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 432.

56. "Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro". Monografia apresentada à Universidade Salvador, em novembro de 2004, como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito.

57. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 994. p. 1 98.

a coisa julgada se lhe estende".58 Se não for assim, basta ao nomeado negar a qualidade que lhe é atribuída, simplesmente, para excluir de si os efeitos do processo.

Segundo a doutrina59 (Amaral Santos, Pontes de Miranda, Luiz Fux), aceita a nomeação pelo nomeado, nada impede que o nomeante remanesça nos autos corno assistente simples do nomeado.

1 1 . DENUNCIAÇÃO DA LIDE

1 1 . 1 . General.idades

A denunciação da lide é uma intervenção de terceiro provocada: o terceiro é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida.

De fato, a denunciação da lide é uma demanda, exercício do direito de ação. Desta forma, ao promover a denunciação da lide, o denunciante agrega ao processo pedido novo, ampliando o seu objeto litigioso. O processo terá duas demandas: a principal e a incidental.

Trata-se de demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada.

A denunciação é demanda nova em processo já existente; pela denunciação, não se forma processo novo. É, pois, um incidente do processo. Trata-se de hipótese de ampliação objetiva ulterior do processo. A sentença disporá sobre a relação jurídica entre a parte e o denunciante, e entre este e o denunciado (sentença formalmente una e objetivamente complexa), sob pena de ser considerada citra petita.

Convém pontuar, no entanto, que, se feita pelo autor, a denunciação da lide não é uma intervenção de terceiro (e, portanto, não é um incidente do processo): é que o terceiro já é colocado desde o início do processo como réu, pois o autor demanda em face dele e do réu da demanda principal). Ex.: o autor ingressa com uma ação declaratória para ver assegurado o direito que lhe foi transmitido pelo denunciado e, ao mesmo tempo, denuncia a lide a este, para a eventualidade de perder a demanda.

Do ponto de vista substancial, a denunciação da lide é demanda que veicula pretensão regressiva. O denunciante visa ao ressarcimento pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão do processo pendente. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante. Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante e entre o denunciante e o denunciado. É fundamental a percepção do fenômeno sob esta perspectiva, pois a correta compreensão das modalidades de intervenção de terceiro, como já afinuado, não prescinde de urna investigação do vínculo que mantém o terceiro com a relação jurídica discutida em juízo.

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, cit., p. 83-84.

59. Por exemplo, FUX, Luiz. /111erve11ção de Terceiros {Aspectos do Jns1i11110). s/e. São Paulo: Saraiva, 1990.

p. 29.

É , ainda, demanda eventual. Eventual porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante, afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar60 em relação à denunciação, pois se o denunciante for vitorioso na ação principal, a ação regressiva sequer será examinada; se o denunciante sucumbir, a ação de denunciação tanto poderá ser procedente corno improcedente. "É corno se o denunciante formulasse este pedido: 'Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito.'"61

Finalmente, é demanda antecipada: o denunciante se antecipa e, antes de sofrer qualquer prejuízo e para a hipótese de vir a sofrê-lo, demanda proposta em face de terceiro, com o objetivo de imputar-lhe a responsabilidade pelo ressarcimento. Normalmente, seria caso de demanda sem interesse de agir, pois o demandante ainda não sofreu qualquer prejuízo; mas por uma questão de economia processual, permite-se a antecipação da demanda, atribuindo-lhe, porém, a natureza eventual. Sintetiza Barbosa Moreira: a denunciação da lide consiste "em verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da sucumbência do denunciante".62

Denunciar a lide a alguém não é senão trazer esse alguém para o processo, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face dessa pessoa; aproveita o denunciante do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado; visa, pois, a dois objetivos: vincular o terceiro ao quanto decidido na causa e a condenação do denunciado à indenização.

Em razão de todas essas características, a denunciação da lide, regulada pelo CPC73, é bastante diferente do antigo chamamento à autoria, instit11to que lhe precede historicamente e que era regulado pelo CPC-39. A denunciação tem inspiração germânica, o chamamento à autoria, romana. A denunciação é demanda, o denunciado toma-se réu e o objeto litigioso do processo é ampliado; o chamamento à autoria é simples notificação de existência de processo pendente, sem o exercício de demanda, que somente poderia ser formulada autonomamente, depois do término do processo originário com a derrota do "chamante". O chamamento à autoria era visto como condição para o exercício autônomo do possível direito de regresso: se não houvesse o chamamento, o

prejudicado não poderia, depois, pretender o ressarcimento dos seus prejuízos. Enquanto a denunciação da lide implica um acréscimo subjetivo no processo, com a chegada de um novo réu, o chamamento à autoria implicava, no máximo, uma sucessão processual: o chamado, aceitando a qualidade que lhe fora atribuída, sucedia o chamante, que saía do processo.

60. "Na verdade, o pedido deduzido na ação principal é questão preliminar em relação à demanda objeto da litisdenunciação. Julgado improcedente, automaticamente a denunciação da lide perde seu objeto, pois não há o que indenizar; julgado procedente, possibilita o julgamento da lide secundária, que pode ou não ser acolhida". (NERY JR., Nelson. Princípios fimdamentais - teoria geral dos recursos. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 4 13-414.)

6 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1 974, p. 88.

62. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1 974, p. 87.

fREDIE ÜIDIER JR.

Mais duas palavras: a) é possível o denunciado promover a denunciação da lide de uma quarta pessoa (denunciação sucessiva, art. 73, CPC), mas esse incidente pode ser recusado pelo juiz se comprometer desproporcionalmente a celeridade do feito; b) a denunciação da lide é instituto típico do processo de conhecimento.

1 1.2. "Obrigatoriedade" da denunciação da lide

O caput do art. 70 do CPC afirma que a denunciação da lide é obrigatória. O que significa isso? I nicialmente, para responder a essa pergunta, levantemos algumas premissas.

Não se pode falar de obrigaroriedade, ao menos em sentido técnico. Eis a primeira premissa. A denunciação é exercício de direito de ação, portanto não é um dever: não há um dever de exercitar o direito de ação. É, na verdade, um ônus processual: conquanto diga a lei que a denunciação da lide é obrigatória, na verdade ela é facultativa. Trata-se de ônus absoluto, caracterizado como encargo atribuído à paite e jamais uma obrigação.

Ônus, segundo Goldschmidt,63 são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situação de desvantagem perante o direito.

Ônus processuais são normalmente endereçados às partes (a) para que determinados atos se realizem ou (b) para que algum ato realizado possa ter eficácia.64

E, sendo ônus, qual a consequência do seu não-exercício?

lndiscutivelmente, haverá o prejuízo de não se aproveitar do mesmo processo para o aj uizamento da demanda regressiva. As dúvidas mais significativas, porém, são outras: perde o possível denunciante o direito de regresso, acaso não promova a denunciação da lide? É "obrigatória" a denunciação da lide para o exercício do direito de regresso? O

direito de regresso somente pode ser exercido por denunciação da lide?

É basicamente sobre isso de que cuida este item.

Para prosseguir na análise do problema, cabe levantar a segunda premissa: a discussão sobre a "obrigatoriedade" da denunciação da lide restringe-se à hipótese do inciso 1 do art. 70, que cuida da denunciação em caso de evicção. Em relação aos demais incisos (II e III), não há mais qualquer discussão: a não-denunciação da lide apenas implica a perda da oportunidade de ver o direito regressivo ser apreciado no mesmo processo, sendo permitido o ajuizamento de demanda autônoma para o exercício da pretensão de ressarcimento. A discussão existe em relação ao caso de evicção, por força do att. 456

do CC-2002, repetição do art. 1 . 1 1 6 do CC- 1 9 1 6: "Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe cletem1inarem as leis do processo". Como o direito material é omisso quanto à forma e ao modo de obter indenização, relativamente às demais hipóteses de denunciação da lide, não se pode admitir que a não denunciação, nos casos dos incisos li e IIT, acarrete perda da pretensão material de regresso. Norma restritiva de 63. GOLDSCHM IDT, James. Direiro Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2003, l. 1, p. 2 l .

64. DlNAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros Ed., 1 997, p . 138.

direito interpreta-se de forma estrita, não comportando ampliação. O desatendimento de ônus processual, no particular, somente pode ensejar preclusão, ou seja, impede que esse direito seja exercido no mesmo processo.65 Essa é a posição majoritária da doutrina.66

Em síntese: o adquirente (evicto) deve, uma vez em litígio contra o evencente/evictor, denunciar a lide ao alienante, sob pena de perder a pretensão regressiva que surge da evicção.

No entanto, a jurisprudência e a doutrina percebiam que essa consequência não poderia acontecer em todas as situações, porque há casos em que a própria legislação processual veda a denunciação da lide: uma vez proibido o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, não poderia o adquirente ser prejudicado pelo não-exercício deste direito. É

o que acontece no âmbito dos Juizados Especiais e no rito sumário, procedimentos que não autorizam a denunciação da lide no caso de evicção. Convém lembrar, ainda, que a doutrina admite a ocotTência de evicção por ato administrativo (apreensão de veículo pelo DETRAN, p. ex.), quando também não será possível a denunciação da lide, que pressupõe a existência de processo jurisdicional.67 Em todas essas hipóteses, admite-se a denominada ação autônoma de evicção.

Eis o painel básico do problema.

Pensamos que, agora, já se pode ir além. Nem mesmo nos casos de evicção a não

-denunciação da lide pode i mportar perda do direito de regresso. Relembremos algumas lições: a) a denunciação da lide é instituto novo, bastante diferente do antigo chamamento à autoria, pois consiste no exercício antecipado de pretensão regressiva, enquanto o chamamento era uma simples notificação da existência do processo; b) o art. 456 do CC-2002

reproduz o enunciado do art. 1 . 1 1 6 do CC- 1 9 1 6, época em que não existia a denunciação da lide, apenas o chamamento à autoria - tanto é assim que ainda se fala em "notificação do alienante", seguindo terminologia de então. Como o exercício dos direitos que decorrem da evicção somente poderia ocorrer em ação autônoma (art. 1 O 1 do CPC-39), cabia ao adquirente, no processo em que demandado, notificar o alienante para que, se fosse o caso, assumisse a condução do processo a partir dali.

Pois bem.

O CC-2002 não percebeu a remodelação do instituto processual, ocorrida com o CPC-1 973, e manteve a redação, agora obsoleta - e o curioso é que o parágrafo único do art. 456 do CC-2002, adiante examinado, em dissonância com o caput do mesmo aiiigo, menciona a "denunciação da lide". Essa desarmonia não pode ser interpretada corno se ainda se pudesse falar em perda do direito de regresso, acaso não se promovesse a denunciação da lide, interpretação que ignora o

aspecto histórico do problema e ainda prestigia 65. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil co111entaclo e legislação extravagcmte, 8 ed., cit., p. 498.

66. Por todos, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação exrravagante, 8 ed., cit., p. 498.

67. Ver, por exemplo, GAGLIANO, Pablo Stolzc e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso ele Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 4, t. 1 , p. 232.

um possível enriquecimento ilícito do a lienante a expensas do adquirente (em afronta às regras dos arts. 884-886 do CC-2002).68

É certo, porém, que, não promovendo a denunciação da lide, o adquirente assume o "risco de vir a ser derrotado em pleito regressivo contra o alienante, se este demonstrar que havia razões para impedir a derrota do adquirente e que a alienação foi boa e regular".69

Convém apontar a proposta de alteração do art. 456 do CC-2002, encaminhada pelo Dep. Ricardo Fiúza (Projeto de Lei 6.960/2002), que retira o ônus da denunciação da lide para o exercício dos direitos da evicção, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, (REsp 1 32.258, j . 06- 12-1 999, DJ de 1 7-04-2000; REsp 255.639,j. 24.04.200 1 , I nformativo do STJ 93): "Art. 456. Para o direito que da evicção lhe resulta, independe o evicto da denunciação da lide ao alienante, podendo fazê-la, se llie parecer conveniente, pelos princípios da economia e da rapidez processual". A vingar tal proposta, a discussão sobre a "obrigatoriedade" da denunciação da lide (caput do art. 70 do CPC) simplesmente desaparece - e já não era sem tempo.

1 1 .3. Situação processual do denunciado

Discute-se muito qual é a posição jurídica do litisdenunciado, em face do adversário do denunciante - pois em relação a este, ele é réu da demanda incidental.

O CPC o trata como litisconsorte do denunciante - litisconsórcio que seria unitário.

Há quem, como Cândido Dinamarco, o identifique com o assistente litisconsorcial70 - o que acaba dando no mesmo, pois o assistente litisconsorcial é um litisconsorte unitário ulterior. Nelson Nery Jr. entende que ele tem os mesmos poderes do assistente simples, pois não tem relação alguma com o adversário do denunciante (assim como o assistente simples não tem relação com o adversário do assistido).

É inegável que o CPC deu ao denunciado poderes processuais equivalentes aos de um litisconsorte (e unitário, repita-se), por isso que não nos parece que possa ser equiparado a um assistente simples - embora, reconheça-se, a lógica do raciocínio é correta. Parece que é caso de legitimação extraordinária autônoma: o denunciado pas-68. Também defendendo que a denunciação da lide não é obrigatória nem no caso de evicção, corretamente, YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 3 1 3.

69. YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 3 1 3. Com conclusão semelhante, Wilson Alves de Souza: "Por outras palavras, o adquirente continua com o

direito de indenização decorrente da evicção contra o alienante em ação autônoma se ficar apurado no processo posterior que por mais que o alienante tivesse sido cientificado do litígio o resultado da causa originária não seria outro. Evidentemente que se o adquirente não cientifica do litígio ao alienante suas chances no processo autônomo são bem menores". (O Código Civil de 2002 e o Direi/o Processual- inlervenção de terceiro nas causas envolvendo co11/rato de seguro de dano. Monografia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, como requisito parcial para obtenção do titulo de especialista em Direito Processual. Salvador: s/ed, 2005, p. 22).

70. Instituições de Direito Processual Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. II. p. 408.

sará a defender interesses do denunciante em face do adversário deste, sem qualquer vínculo de subordinação (lembre-se que a assistência simples é caso de legitimação extraordinária subordinada).

Há uma tendênciajurisprudencial de considerar o l itisdenunciado como litisconsorte do denunciante, até para permitir a "condenação direta" do denunciado71 - principal mente nos casos em que o denunciado é uma empresa seguradora. Vejamos o j ulgado abaixo, do STJ, que bem revela essa concepção:

"Cuida a matéria de saber se o denunciado, ao aceitar a denunciação e contestar o pedido principal, assume a posição de litisconsorte passivo, direta e solidariamente com o réu. O tema, apesar de parecer simples, suscita grandes discussões, não se podendo afirmar que existia unanimidade sobre o assunto. Doutrinadores de peso entendem que o denunciado ocupa, no máximo, a função de assistente l itisconsorcial do réu denunciante, não podendo ser encarado como litisconsorte porque, na verdade, ele nada pede para si e nada contra ele é pedido. Há também a defesa de tese antagônica, no qual o problema está intimamente ligado à relação jurídica de direito material, submetida ao crivo do Judiciário. Concluindo que, nas hipóteses como a presente, de indenização por responsabilidade civil, a contestação do pedido inicial pelo denunciado coloca-o na condição de litisconsorte, sujeito, portanto, aos efeitos da sentença, direta e solidariamente com o primitivo réu. Recentemente, a Quarta Turma entendeu que, reconhecido o dever de a seguradora (litisdenunciada) em ressarcir o réu, por força de contrato de sinistros, pode o julgador proferir condenação direta contra ela. A Terceira Tumrn vai mais além, admitindo a propositura da ação de indenização diretamente contra a seguradora do causador do acidente que se nega a usar a sua cobertura de sinistros. O legislador contemporâneo, ao votar o coe, prevê a possibilidade de o consumidor acionar diretamente a seguradora, quando o fornecedor do produto ou serviço não tiver capacidade de pagamento.

Milton Flaks, in Denunciação da Lide, Forense, 1 984, págs. 1 4 1 - 1 44, admite a condenação solidária do denunciado. A Tunna não conheceu do recurso. Precedentes citados: REsp 290.608-PR, DJ 1 6/ 1 2/2002, e REsp 228.840-RS, DJ 4/9/2000. REsp 1 88.158-RS, Rei. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 1 5/6/2004".

11.4. A denunciação da lide em caso de evicção (art. 70, 1, CPC) e a regra do art. 456

do CC. A denominada denunciação da lide per saltum

O CPC-73, no inciso I do art. 70, autoriza a denunciação da lide ao alienante, na ação em que o terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam.72 O inciso é destinado a todo aquele 7 1 . Athos Carneiro sugeriu a seguinte conclusão, aprovada no Ciclo de Estudos de Processo Civil realizado em Curitiba, em agosto de 1983, pela OAB e pela Associação dos Magistrados do Paraná: "A posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do

denunciante, nos exatos termos do artigo 75, l, do CPC; em consequência, o autor, procedente a demanda principal, poderá executá-la também contra o denunciado, embora com atenção aos limites em que foi procedente a ação de direito regressivo e à natureza da relação de direito material". (Intervenção de terceiros. 1 3 ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 1 1 4).

72. Sobre a extensão da garantia da evicção, convém ler o conteúdo dos artigos 450, 45 1 e 453 do CC-2002: Art. 450. "Salvo estipulação em contrário, tem direito o evicto, além da restituição integral do preço ou das 409

que, adquirindo a título oneroso o domínio, a posse ou o uso da coisa, vem a perdê-los em ação própria, por decisão judicial.73

"Evincere é ex, vincere, vencer pondo fora, tirando, afastando. A língua portuguesa possui o verbo 'evencer': o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como demandante quer como demandado, evence, porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado. O vencedor é o evictor; o vencido é o evicto. Por isso responde quem deu causa ao atingimento do direito do outorgado, à luta evincente".74

A redação não é das melhores. O texto leva ao entendimento de que a denunciação somente pode ser feita pelo réu e apenas em ação reivindicatória, o que não é correto: quer porque o autor também pode promover a denunciação (art. 74 do CPC),75 quer porque ela também ocorre em ações declaratórias ou constitutivas (como as divisórias),76 em que se possa infirmar o direito de propriedade do adquirente que, por isso, deve denunciar a lide ao alienante - pense-se em ação declaratória proposta pelo adquirente em face de terceiro que questiona a sua propriedade. 77

Pois bem.

O caput do art. 456 do CC-2002 trouxe uma inovação ao regramento da denuncia

ção da lide em caso de evicção: permite-se ao adquirente denunciar a lide ao alienante imediato ou "a qualquer dos anteriores". Ou seja, pode o adquirente denunciar a lide a quem lhe vendeu ou a quem vendeu a quem lhe vendeu etc. O tema é novo e polêmico.

S urgiram cinco posicionamentos doutrinários em derredor do tema.

a) O CC-2002 teria admitido a denunciação da lide per saltwn, pennitindo que o adquirente demande em face de alguém com quem não mantém qualquer relação jurídica. Seria caso, pois, de legitimação extraordinária: o alienante mediato estaria em juízo discutindo relação jurídica do alienante imediato.78 Segundo esse pensamento, o art. 456

do CC teria consagrado um caso de litisconsórcio facultativo passivo.

quantias que pagou: 1 - à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; 1 1 - à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; 111 -às custas judiciais e aos honorários do advogado por ele constituído. Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial". Art. 45 1 . "Subsiste para o ahenante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente". Arl. 453. "As benfeitorias necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão pagas pelo alienante".

73. FUX, Luiz. Intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1 99 1 , p. 35.

74. M I RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Come111ários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 136.

75. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1 974, p. 84.

76. MJR.ANDA, Francisco Cavalcanti Pontes <lc. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed., cit., t. 2, p. 139.

77. FUX, Luiz. /111ervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.

78. BUENO, Cássio Scarpinclla. Partes e tercehvs no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249-256.



INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Admitem a denunciação da lide per saltwn, mas consideram o caso como hipótese de sub-rogação legal, o que nega a hipótese de legitimação extraordinária afirmada no texto, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery:

"O CC 456 autoriza o adquirente a denunciar a lide ao alienante imediato, com quem ele tem relação jurídica convencional, como também a qualquer outro

alienante que conste da cadeia de alienação. Neste último caso ocorre a denunciação da lide per saltum, por força da sub-rogação legal constante do CC 456: o adquirente se sub-roga nos direitos de qualquer dos demais adquirentes da cadeia de alienação no que tange ao excrcimento dos direitos que decorrem da evicção".79

b) A regra teria consagrado legislativamente a possibil idade da chamada denunciaçcio coletiva, sugerida por Moniz de Aragão.80

De modo a evitar as dificuldades das denunciações sucessivas, permitidas com base no art. 73 do CPC, o professor paranaense defendia a possibilidade de o adquirente denunciar a lide, de uma só vez, a todos que compusessem a cadeia sucessória. Deu a isso o nome de denunciação coletiva.

Rodrigo Salazar defende que a nova redação do art. 456 do CC, combinada com o quanto exposto no art. 70, l , CPC, deve ser entendida como autorização para que seja realizada a denunciação coletiva, evitando-se denunciações sucessivas desnecessárias e não como beneplácito à denunciação da lide per saltum.81 Arremata Daniel Carvalho:

"a nova regra civil teria facultado, então, a denunciação da lide em conjunto de todos os anteriores proprietários, e não apenas a denunciação gradual prevista na lei processual".82

Parece-nos a melhor solução, tendo em vista que a hipótese de denunciação per saltum permite que o adquirente demande contra quem não mantém qualquer relação jurídica, criando caso de legitimação extraordinária sem qualquer fundamento razoável.

c) Para Flávio Yarshell, a nova regra deve ser compreendida como a consagração, na legislação civil, da possibilidade de denunciação sucessiva prevista no art. 73 do CPC.83

79. NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil co111en1ado e legislação exlravagonle. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 499.

80. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Sobre o chamamento à autoria". Revis/a da AJURIS. Po110 Alegre: AJURIS, 1982, n. 25, p. 40-45.

8 1 . "Hipótese de denunciação da lide do arl. 70, 1, do CPC: análise do arl. 456

do novo CC. Possibilidade de denunciação per saltum?". A.weclos polêmicos e atuais sobre os lerceiros no processo civil. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambicr (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 946. Ta111bé111 11ssi111, FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. ··Aspectos processuais do Novo Código Civil'·. Disponível cm: <http://www.

amaerj.org.br/noticiascspccia16.htm> , consultado cm 27.12.2004, l 5h00.

82. "Reflexos do Código Civil de 2002 no regime jurídico das intervenções de terceiro". Monografia apresentada â Universidade Salvador. cm novembro de 2004, como r[illegible]quisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito.

83. "Três temas de direito processual no âmbito do direito das obrigações e dos contratos". O Código Civil e sua i111erdiscip/inaridade - os reflexos do Código Civil nos demais m111os do direito. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Dei Rey, 2004, p. 3 1 4.

FREDIE ÜIDIER JR.

O autor não aceita o entendimento que reconhece a possibilidade de uma denunciação da lide per saltum, que permitiria que um alienante, provavelmente aquele que tivesse niaior capacidade econômica, pudesse responder por diferentes indenizações, de diferentes adquirentes.84

d) O CC-2002 teria estabelecido um caso de solidariedade legal de todos os alienantes que compõem a cadeia sucessória em face do último adquirente: todos teriam a obrigação de responder pela evicção, sendo permitido ao adquirente

cobrar a indeniza

ção contra qualquer dos alienantes. Seria permitida a denunciação per saltum, não para que o "quarto" ("D") venha defender interesses do "terceiro" ("C"), mas em razão da existência de uma solidariedade passiva entre eles em face de '"B", o último adquirente/

evicto. Essa solução foi-nos apresentada por Marcelo Abelha Rodrigues, em Congresso de que participamos na Universidade Federal do Espírito Santo, em agosto de 2004.

Humberto Theodoro Jr. adotou-a.85 Embora talvez fosse a melhor solução de lege ferenda, encontra no direito posto a antiga regra de que a solidariedade não se presume (art. 265 do CC-2002).

Convém conferir o enunciado n. 29 das l Jornadas de Direito Civil do STJ/Conselho da Justiça Federal: "A interpretação do a11. 456 do novo Código permite ao evicto a denunciação da lide de qualquer dos responsáveis pelo vício".

Sucede que, como bem apontou Flávio Yarshell, no caso de "sucessivas alienações, não se pode falar em di ferentes "responsáveis pelo vício" porque, a bem da verdade, no caso de compra e venda a non domino. por exemplo, responsável pelo vício, a rigor, seria somente aquele que em primeiro lugar vendeu sem poder fazê-lo. De fato, se na situação de direito material houver mais de um responsável (mais de um vendedor, por exemplo), então passa a haver a facultatividade indicada no texto".86 Ou seja, a solidariedade não há entre os diversos alienantes da cadeia, como sugere Marcelo Abelha, mas entre aqueles que alienam conjuntamente o mesmo bem de maneira indevida. Mas não é disso que cuida o art. 456 do CC-2002.

e) Há ainda quem repute a mudança inócua. Alexandre Câmara lembra que a lei civil detennina que a "notificação" se làça "quando e como lhe determinarem as leis do processo". Essa cláusula final remete ao sistema do CPC, segundo o qual a denunciação da lide é feita pelo adquirente ao seu alienante imediato e este, por sua vez, denunciará a lide a quem lhe transferiu o bem, e assim por diante,87 não sendo possível a denunciação per sal tum.

84. "Três temas de direito processual no àmbi10 do direito das obrigações e cios contratos .. , cil., p. 3 14.

85. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas ele natureza processual". Reflems do Novo Código Civil 110

Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Edições Jus Podivm, 2006, p. 136

86. "Três temas de direito processual no âmbito cio direito das obrigações e dos contratos", cit., p. 314, nota 1 3.

87. C:i.MARA, Alexandre Freitas. lições de Direito Procesrnal Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, v.

1, p. 2 1 7.



INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

1 1 .5. A denunciação da lide com base no inciso l i do art. 70 do CPC

Permite-se a denunciação da lide "ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, de credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada".

Segue-se, quase que l iteralmente, a redação do art. 486 do CC- 1 9 1 6. Trata-se

de direito atribuído aos que tenham adquirido a posse direta, que poderão denunciar a lide ao possuidor indireto ou proprietário que transferiu a senhoria sobre a coisa toda vez que forem molestados pelo fato do assenhoramento da coisa.88

Em relação à denunciação da lide pelo usufrutuário, sustenta-se de sua raríssima ocorrência, em razão da gratuidade do negócio, sendo incabível a indenização.89

O inciso faz menção ao possuidor, pois o detentor não faz jus à proteção possessória ou à reclamação de direitos conexos, razão por que lhe cumpre nomear à autoria (art. 62

do CPC). Distingue as duas situações, brilhantemente, Adroaldo Furtado Fabrício:

"Nas condições aí definidas, o demandado (ou mesmo o autor, pois essa modalidade de intervenção pode ser provocada por qualquer elas partes) é possuidor, embora sua posse seja derivada. Através da litisclenunciação, o que ele busca não é a sua exclusão cio processo, mediante substituição pelo terceiro: o ingresso deste na relação processual não acarreta o afastamento daquele; não há substituição.

Em simplificação, talvez grosseira mas certamente elucidativa, diríamos que a fala do denunciante - ao invés do "não sou parte; Fulano sim é parte" do que nomeia à autoria - é "sou parte, sim, mas também Fulano o é". O nomeante nega sua /egitimatio ad causam e aspira a ser substituído no processo; o denunciante a admite, mas aproveita o mesmo processo para propor uma demanda secundária contra alguém que, até então e sentido processual, é terceiro".9º

A regra parece ociosa, pois, sendo caso de direito regressivo, bastaria a hipótese do inciso lII do art. 70, que é genérica. É, na verdade, um outro exemplo de possível pretensão regressiva.91 Na verdade, o nomeante adquire legitimação extraordinária para conduzir o processo, pois, constatada a sua ilegitimidade ordinária, passa a atuar em nome próprio defendendo os interesses do nomeado. É um caso de legitimação extraordinária superveniente.

88. FUX, Luiz. !ntervençcio de terceiros. São Paulo: Sarniva, 1 9 9 1 , p. 36.

89. FUX, Luiz. Intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.

90. Comentários ao Código de Processo Civil. 7 cd. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 8, t. 3, p. 353.

9 1 . Convém reproduzir a lição de Barbosa l\ilorcira, que confronta este inciso com a regra do ar!. 62 do CPC, que cuida da nomeação à autoria: " ote·se a grande analogia que essa hipótese revela com a do a11igo 62, onde se prevê o caso de ser citado o detentor, por equívoco do demandante, no lugar do possuidor ou do proprietário. Tratava-se de um erro no endereçamento da ação, de um erro na escolha do legitimado passivo ... Assim, esta hipótese mereceria tratamento no contexto da nomeação à autoria, a meu ver, e não no da denunciação da lide. (...) Se, porventura, se tratar de direito regressivo, então, sim, ela se aplicará; mas. para tanto, bastaria o inciso 1 1 1 do art. 70, sendo supérfluo o inciso 1 1". (Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, cit., p. 85.)

4 1 3

FREDm D101ER JR.

1 1 .6. A denunciação da lide com base no inciso I I I do art. 70 do CPC

11.6.1. Considerações gerais

A discussão quanto ao cabimento da denunciação da lide com base no art. 70, m, do CPC é intensa e parece longe do fim.

Duas são as concepções doutrinárias, que são antagônicas: a) a restritiva,

defendida por Sidney Sanches, Nelson Nery Jr., Eduardo Arruda Alvim,92 Cassio Scarpinella Bueno, Marcelo Abelha Rodrigues,93 e Vicente Greco Filho; b) e a ampliativa, capitaneada por Cândido Dinamarco.

Antes de examiná-las, cumpre lembrar que o "direito de regresso decorrente da fiança, da co-fiança e das obrigações solidárias, este não pode ser exercitado mediante denunciação da lide",94 pois o Código detenninou o seu exercício pelo chamamento ao processo (art. 77 e segs. do CPC).

11.6.2. A concepção restritiva

Pela concepção restritiva, somente é possível a denunciação da lide, para o exercício de pretensão regressiva, nas hipóteses em que houve transferência de direito pessoal: denuncia-se a lide ao cedente, para que responda por eventual derrota do cessionário.

Afirma-se que, como nos incisos l e ll, a denunciação da lide objetiva a que o terceiro preste a garantia a que se obrigou na transmissão da coisa ou do direito, no inciso III, que seria norma de encerramento, a linha deveria ser também essa. É como afirma Sidney Sanches: "Pode-se inferir, diante disso, que no inc. lil a denunciação é para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe transmitiu o direito pessoal".95 Ação (pretensão) regressiva, neste contexto, é expressão que assume sentido jurídico bastante restrito: é pretensão, conferida pela lei ou pelo contrato, a quem, adimplindo uma obrigação que era sua, pode voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado.96

Vicente Greco Filho, o principal defensor desta concepção, embora reconheça que a tese ampliativa encontra respaldo no próprio texto normativo,97 considera que esse posicionamento levaria a uma utilização abusiva do instituto, comprometendo a economia processual, princípio que justifica a existência desta modalidade interventiva.98 E atTemata: 92. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 269.

93. Ele111e111os de Direito Processual Civil. 2 ecl. São Paulo: RT, 2003, p. 295.

94. SANCHES, Sidney. De11u11ciaçào da lide 110 direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984, p. 1 18.

95. De11u11ciaçào da lide 110 direito process11ol civil brasileiro. Siio Paulo:

RT, 1 984, p. 1 20.

96. SANCHES, Sidney. Denunciação da lide 110 direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984. p.

1 1 7.

97. O CPC fala em o

"

brigado a indenizar, em açíio regressiva" (art. 70); "rcsponsúvel pela indenização" (ans.

72 e 73) e "responsabilidade por perdas e danos'" (art. 75).

98. lmervençào de terceiros. 3 cd. São Paulo: Saraiva. 199 1 . p. 90. O exemplo de que se vale impressiona: numa demanda ele incleniLaçào por dano decorrente de acidente ele veiculo. poderia ser chamado o terceiro.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

"Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante. Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato".99

Cassio Scarpinella Bueno traz algumas situações em que não se deve admitir a denunciação da lide, pelo comprometimento da economia processual:

" . . . quando a denunciação basear-se em fundamento fático diverso que rende ensejo a instrução diversa daquela que tomará lugar na 'ação principal'; quando o direito ele regresso não decorrer imediatamente ele texto expresso de lei ou de previsão contratual expressa (CPC, art. 70, 111) ou, ainda, quando, mercê do segmento recursai derivado do indeferimento liminar da denunciação da lide (o recurso de agravo de instrumento, como regra, não tem efeito suspensivo), consumar-se a fase de instrução do feito, tornando tardia a denunciação". 100

Somente seria possível a denunciação nos casos de garantia própria - decorrente de transmissão de direito -, e não nas hipóteses de simples direito de regresso - chamado de garantia imprópria.101

Essa concepção levou Celso Agrícola Barbi, em um primeiro momento, a concluir que não cabia a denunciação da lide à seguradora, pelo segurado, pois no contrato de seguro, não há qualquer transferência de direito, mas, tão-só, obrigação de indenizar.

O autor mineiro mudou de opinião, em seguida, para admitir a denunciação nestas hipóteses.102•103 A denunciação da lide à seguradora, no entanto, é amplamente admitida que o réu afirma ter também concorrido para o acidente, a fábrica que montou no carro peça defeituosa, a Prefeitura que não cuidou do calçamento, cabendo também à fábrica de automóvel chamar a fábrica de peças e esta, por sua vez, o fornecedor do material. (ob. cit., p. 9 1).

99. l111erve11ção de terceiros. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9 1 .

100. Intervenção de terceiros: questões polêmicas. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p . 1 1 1 .

1 O 1 . "Direito de regresso. A ação de garantia não se caracteriza como mero direito genérico de regresso, isto é, fundado em garantia imprópria. Este não enseja a denunciação da lide, sob pena de ofenderem-se os princípios da celeridade e economia processual. Por direito de regresso, autorizado ela denunciação da lide com base no CPC 70 111, deve-se entender aquele fundado em garantia própria". (NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa.Código de Processo Civil co111e111ado e legislação processual civil extravagante em vigo1:"

6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 375).

1 02. BARBI, Celso Agrícola. Co111e11tários ao Código de Processo Civil. 9 e::el. Rio ele Janeiro: Forense, 1 995, V. J, p. 206.

103. Vicente Greco Filho defende, contudo, que, no caso de seguro contratual, é possível a denunciação da lide, desde que não haja, no contrato, cláusula de exclusão da garantia por risco extraordinário, ou por culpa grave do segurado, porque nestes casos aduzir-se-ia questão nova estranha à demanda originária".

(Intervenção de terceiros, p. 91). Essa ressalva sofreu dura crítica de Cândido Dinamarco: "Mesmo assim a sua ressalva, colidindo com as premissas da tese restritiva, é arbitrária e desemboca num inevitável casuísmo, porque de antemão e a priori é praticamente impossível prever em quais hipóteses surgi rão - e em quais não poderão surgir - controvérsias fálicas relacionadas com a denunciação da lide. Além disso, ficar-se-ia sempre na dependência dos terrnos da defesa trazida pelo réu e da instrução da causa. Mandaria 4 1 5

na jurisprudência nacional, como se pode constatar da recente alteração do art. 280 do CPC, que passou a permitir expressamente a intervenção fundada em contrato de seguro no procedimento sumário.104

É com base nesta linha de pensamento que não se admite a denunciação da lide ao servidor, pelo Estado, em demandas de responsabilidade civil contra este interpostas -

como o Estado responde objetivamente pelos prejuízos causados, a denunciação da lide introduziria fundamento jurídico novo, que é a responsabilidade subjetiva do servidor (art. 37, §6º, CF/88).

Cassio Scarpinella Bueno, embora adepto da concepção restritiva, após examinar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conclui que "toda a vez que a ação indenizatória também se basear na existência de culpa, a denunciação ao agente público não destoará da mesma fundamentação da ação principal. Deve, pois, ser admitida nestes casos".105 Afuma, ainda, ser possível a denunciação da lide, nestas hipóteses, quando o Estado, em sua defesa, alegar a tese de culpa do particular ou culpa concorrente, pois não haverá acréscimo na fase instrutória.106

Cabe, contudo, apontar o posicionamento de Alexandre Câmara, para quem não é possível ao Estado denunciar a lide ao servidor porque, na verdade, seria o caso de chamamento ao processo, em razão da solidariedade passiva legal que haveria entre ambos (art. 927 do CC-2002).1º7 O STF, porém, no RE n. 327.904, rei. Min. Carlos Britto, considerou que o § 6º do art. 37 da CF/88 consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer, não podendo ser demandado per saltum e diretamente pela vítima. A min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação U. em 1 5.8.2006, publicado no I nformativo n. 436 do STF).

É inegável, porém, a força desta corrente restritiva. Há inúmeras decisões judiciais que a seguem, quase todas se valendo do argumento de que é impossível, na denunciação da lide, a introdução de fundamento jurídico novo.

a coerência, além do mais, que tanto a tese quanto a ressalva, para serem compatíveis com o sistema, se aplicassem ao inc. !, impedindo a denunciação da lide nas hipóteses em que houvesse cláusula restringindo a responsabilidade por evicção em situações extraordinárias" (Intervenção de terceiros, p. 1 8 1).

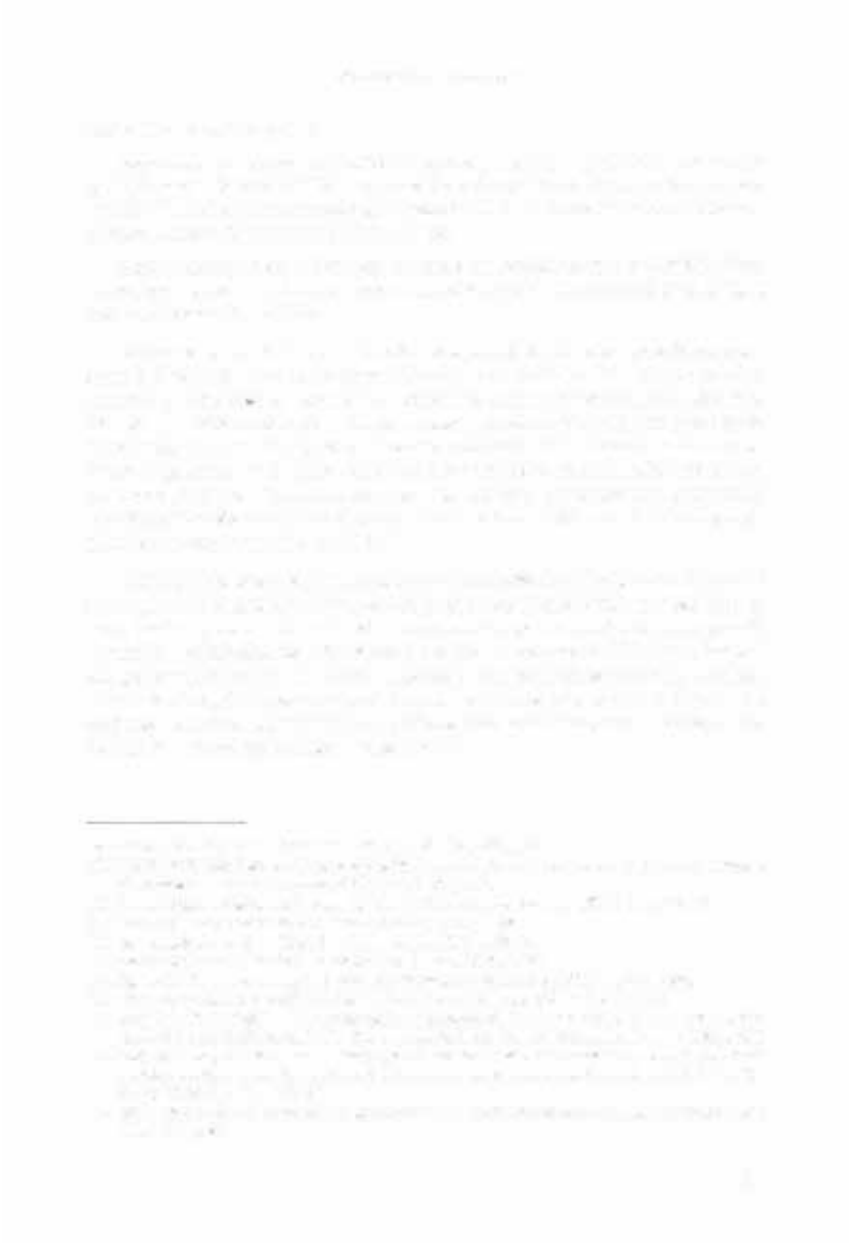
104. A intervenção com base cm contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa segurada vínculo de direito material com o adversário do denunciante-segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como fonna de ainda melhor tutelar os

direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 1 0 1 , li, do CDC). Assim se justifica a menção do legislador a '·intervenção fundada em seguro", e não simplesmente a "denunciação da lide", como se poderia ínicialrnente imaginar. Sobre o tema, DIDIER IR., Fredie. A Nova Reforma Processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98-99.

105. Intervenção de terceiros: questões polêmicas. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 1 1 5. Também neste sentido, Arruda Alvim. Manual dedireiro processual civil. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v.2, p. 1 83; ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil, p. 271.

106. Intervenção de terceiros: qnestões polêmicas. 2 ed. São Paulo: CPC, 2002, p. 1 1 5-1 1 6.

107. lições de Direito Processual Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 203.



INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

11. 6.3. A concepção ampliativa

Seguindo a concepção de Cândido Dinamarco, Luiz Fux108, Ada Pellegrini Grinover1º9, Pontes de Miranda,110 William Couto Gonçalves,111 Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro112, Aroldo Pl ínio Gonçalves,113 Alexandre Freitas Câmara, 114 Calmon de Passos, Barbosa Moreira, H umbe1to Theodoro Jr. 1 1 5 etc.

A suma dos argumentos desta corrente pode ser extraída da obra de Cândido Dinamarco, que escreveu um trabalho com o declarado objetivo de contrapor a sua posição com a de Vicente Greco Filho.

Afirma-se que o direito brasileiro não consagra a distinção entre garantia própria e garantia imprópria. Trata-se ele dicotomia encontrada no direito italiano, que prevê os remédios da chiamata em garanzia e a intervento coatto, respectivamente, para essas situações; na Itália existem duas vias processuais previstas, cada uma para uma espécie de garantia. "Aqui no Brasil, em que inexiste a dualidade de institutos associados a espécies de garantias, ou o sujeito denuncia a lide ao terceiro, ou nada poderá fazer. Aqui a denunciação da lide é posta, na lei e por toda a doutrina (rigorosamente, toda), como caso de intervenção coata, inexistindo uma intervenção coata diferente dela, à disposição da parte em caso de garantia simples".116

Cândido Dinamarco argumenta, ainda, que a introdução do inciso l l l do rut. 70 do CPC

se deu por força da pressão da doutrina e da jurisprudência, que sentiam a necessidade de um mecanismo processual que abreviasse a pretensão regressiva nas hipóteses de garantia imprópria - principalmente a dos segurados contra as seguradoras. "Daí a implantação da hipótese descrita no inc. m do art. 70, de redação intencionalmente ampla e destinada a ter vasta abrangência, para maior efetividade do instituto e da tutela jurisdicional que mediante ele se possa obter".117 Na expressão de Barbosa Moreira, trata-se de dispositivo escrito em "termos louvavelmente genéricos".118

1 0 8 . FUX, Luiz. Intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

109. GRlNOYER, Ada Pellcgrini. "Ação civil pública em matéria ambiental e denunciação da lide". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, abril-junho, n. 106, p. 16.

1 10. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 11, p. 146-147.

1 1 1 . Intervenção de terceiros. Belo Horizonte: Dei Rey, 1997, p. 249.

1 1 2. Intervenção de terceiros. 1 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94-97.

1 1 3. Da denunciação da lide. 3 ed . .Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 236.

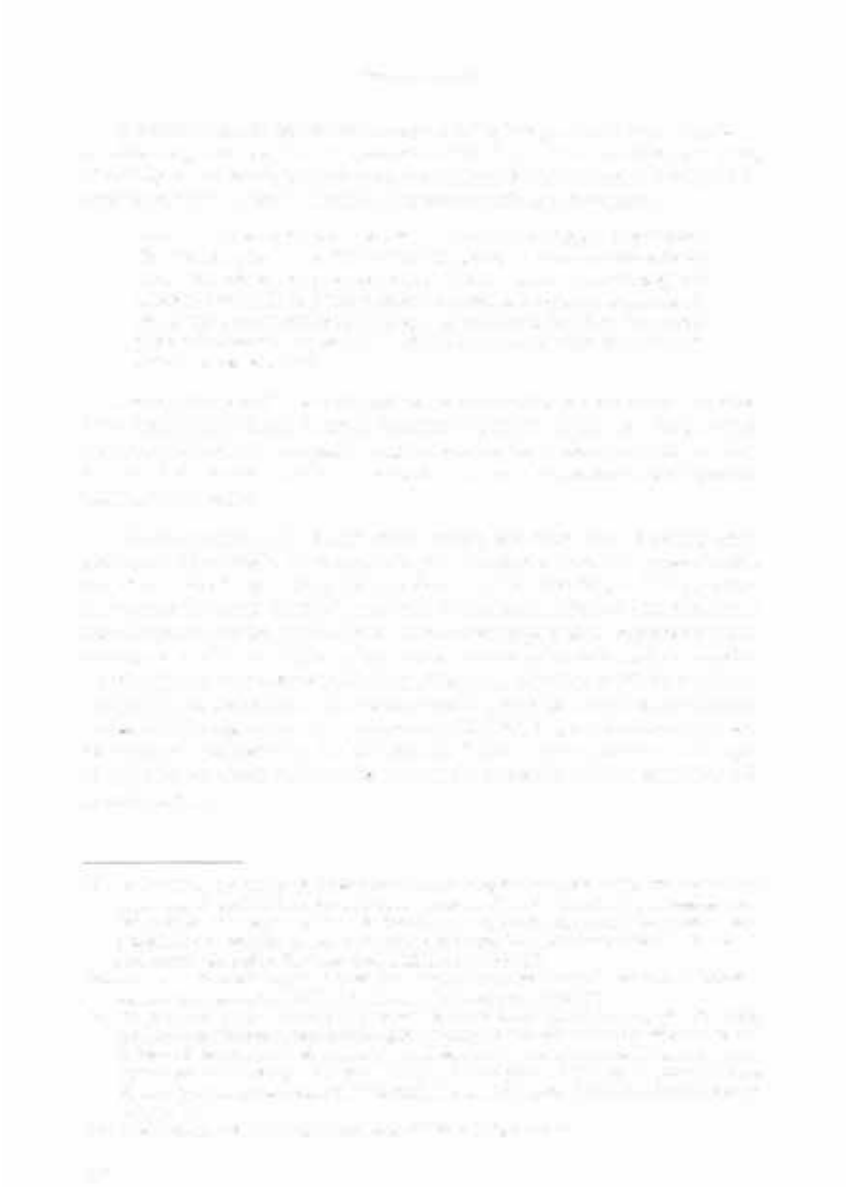
1 1 4. lições de Direito Processual Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. 1, p. 1 99-200.

1 1 5. Curso de Direito Processual Civil. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1 , p. 1 1 2- 1 1 3 .

1 1 6. DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 1 79. Também assim, GONÇALVES, Aroldo Plínio. Da denunciação da lide. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

1 1 7. DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 1 80. Neste sentido, também com amplas considerações, Arruda Alvim. Manual de direito processual civil. 7 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 1 77-180.

1 1 8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Líber Júris. 1 974, p. 85.



FREDIE DIDIER JR.

O texto da lei é claro quando utiliza a expressão "ação regressiva". Uma das hipóteses aventadas de garantia própria é a de quem se vê obrigado a pagar dívida alheia. Nesse caso, não há rigorosamente direito de regresso, assim como não seria regressiva a demanda do credor a esse título. Trata-se, segundo o professor da USP, de sub-rogação.

Aqui, uma observação: pensamos não ser o caso de sub-rogação propriamente dita. Primeiro, porque o art. 304 do CC-2002, que expressamente confere o

direito ao reembolso do que foi pago por terceiro não-interessado, nega a sub-rogação. 119

Segundo, porque não se encaixa a hipótese em nenhuma daquelas previstas no art.

346 do CC-2002. O caso, ao que parece, é de enriquecimento ilícito, que é o fato jurídico do dever de indenizar (art. 884 do CC-2002) e a causa de pedir da chamada ação de in rem verso. 120-121

Assim, a interpretação restritiva poderia levar a uma situação absurda: se o objetivo é restringir a denunciação da lide às situações de garantia própria, um dos principais exemplos ficaria de fora, porquanto de ação regressiva (expressão da lei, vista em sentido restrito) não se trataria. Eis mais um motivo para que se compreenda com largueza o dispositivo normativo.

Há outro argumento. O chamamento à autoria, que, como v isto, é o antepassado próximo da denunciação da lide, com ela não se confunde. Enquanto aquele só cabia em caso de evicção (garantia própria), a denunciação da lide foi permitida genericamente, para "qualquer direito de regresso". Os institutos, aliás, são bem diversos. A denunciação da lide não é uma simples comunicação da pendência do processo (como era o chamamento à autoria), mas, sim, e sobretudo, o exercício incidental, antecipado e eventual de uma pretensão regressiva. A posição do litisdenunciado não é a de simples coadjuvante do denunciante em relação à demanda principal; é ele réu da demanda incidental. Não vige mais a regra, que era a do CPC-39, de que a demanda regressiva se exercia em separado (art. l O 1 do CPC-39). m Não se pode pensar a denunciação da lide pelo paradigma do chamamento à autoria, que somente cabia em hipótese de garantia própria.

1 1 9. "'De tal forma, se o terceiro não interessado paga em seu próprio nome, poderá cobrar do devedor o que pagou, mas não substituirá o credor em todas as suas prerrogativas. Assim, se havia uma hipoteca garan

Iindo a dívida primitiva, o 1erceiro não desfrutará da mesma garantia real, restando-lhe, apenas, cobrar o debito pelas vias ordinárias" (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAJ\ltPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 124-125) 120. Art. 884 do CC-2002: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será

obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

1 2 1 . "A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fon1e autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é vontade do enriquecido que a produz.

O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido." (GOMES, Orlando. Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 291).

122. DINAMARCO, Cândido Rangel. lnterve11ção de terceiros, cit., p. 187-1 88.

lNTERVENÇÀO DE TERCEIROS

Há, ainda, os argumentos da economia processual, pois um só processo serve à resolução de mais de um problema, e da harmonia dos j ulgados, pois o mesmo j uiz resolverá o conflito principal e o de regresso, evitando decisões contraditórias.123

E assevera José Carlos Barbosa Moreira, contra o argumento que veta a denunciação que introduz fundamento novo:

"não colhe o argumento em contrário, às vezes suscitado, de que a denunciação da lide ao funcionário introduz no processo novo 'thema decidendum ', por depender da ocorrência de culpa ou dolo daquele o reconhecimento do direito regressivo da pessoa jurídica de direito público. Tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo 'thema decidendum'; questioná

-lo equivaleria a pensar que algum denunciado fique impedido de defender-se negando a obrigação de reembolsar o denunciante, isto é, contestando o direito regressivo deste. Na verdade, a nenhum denunciado se recusa a possibilidade de contestá-lo".124

Assim, para essa concepção, "ação regressiva" (inciso m do art. 70 do CPC) é expressão que adquire sentido jurídico bastante largo: "envolveria direito a indenização, direito a reembolso, direito decorrente de sub-rogação, direito à garantia (própria ou imprópria), direito à repetição de pagamento indevido, direito à indenização por locupletamento ou enriquecimento ilícito etc". m Ou, nas palavras de Calmon de Passos: "Temos que há direito regressivo toda vez que vai a pessoa buscar das mãos de outrem aquilo de que se desfalcou ou foi desfalcado o seu patrimônio para reintegrá-lo na posição anterior, com a satisfação do pagamento ou da indenização devida. Em outras palavras: há ação regressiva toda vez que por força da sucumbência em juízo, se terá o direito de haver de alguém o ressarcimento do prejuízo sofrido".126

Essa concepção é a mais acatada doutrinariamente. A própria mudança legislativa operada no procedimento sumário, que passou a admitir a intervenção fundada em contrato de seguro, parece que veio corroborar essa linha de pensamento. Sem dúvida, do ponto de vista prático, é a orientação que apresenta os melhores resultados: simplificam-se as coisas, evitam-se discussões teóricas e prestigia-se o exercício da função jurisdicional.

11. 6.4. A posição do Superior Tribunal de Justiça

Não há uma posição dominante no Superior Tribunal de Justiça sobre a extensão do inciso IJI do art. 70 do CPC.

123. DINAMARCO, Cândido Rangel. lnterve11çào de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 1 82- 1 83.

1 24. Voto proferido na AC 8.995, do TJRJ, ac. de 1 7. 1 0 . 1 979, publicado na

Revista de Processo 34, p. 230, lembrado por Alhos Gusmão Carneiro (!ntervençcio de terceiros. p. 95, nota. 64).

125. SAl'\JCHES, Sidney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1984, p.

1 1 6.

126. PASSOS, José Joaquim Calmon de. "Denunciação da lide". Enciclopédia Saraiva do Direi/o. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 23, p. 320.



N

fREDIE DIDIER JR.

Existe um bom número de acórdãos que adotam a concepção restritiva, sendo notórios os posicionamentos dos M i n istros Sálvio de Figueiredo Teixeira e E l iana Calmon, todos considerando que a adm issão da denunciação da lide, quando importar acréscimo de atividade instrutória, comprometeria a razoável duração do processo e a economia processual. Ei-los: REsp 697566/PR 3ª.T. rei.

M in . Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 14. 1 1 .2005 p. 3 1 9; REsp 661696/PR 2º.T. rei. M in. Eliana Calmon publicado no DJ de 10.10.2005 p. 3 1 1 ; REsp 48023 1 /SP 311.T. rei. Min. Castro Filho publicado no DJ de 1 1 .04.2005 p. 228; REsp 142934/SP 4ª. T. Min. rei. M i nistro Barros Monteiro publicado no DJ ele 17.1 2.2004 p. 547; REsp 2 1 0607/RJ, 4". T., rei. M i n.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 04/02/2002, p. 369; REsp 228964/

RS; rei. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ de 08/1 0/2001 , p. 1 96; REsp 433442/

SP, 4ª. T., rei. M i n . Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 25/ 1 1/2002, p. 241; AGA 455093/RJ, !ª. T., rei. Min. José Delgado, publicado no DJ de 07/10/2002, p. 205; REsp 41 1 535/SP; STJ, 4ª. T., rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 30/09/2002, p. 267; REsp 80277/SP; rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 04/08/ 1997, p. 34.743.

Mas também se prestigia a posição contrária: admite-se a denunciação da lide, mesmo que sirva de veículo de demanda de pretensão regressiva fundada em garantia imprópria. Ei-los: REsp 439788/SP 4ª. T. Min. Aldir Passarinho Junior publicado no DJ

de 29.09.2003 p. 256; REsp 1 63096/SP, lª. T., rei. Min. M ilton Luiz Pereira, publicado no DJ de 1 8/02/2002, p. 239; REsp 1 6024/DF, 1 . T., rei. Min. Garcia Vieira, publicado

"

no DJ de 28/06/1 993, p. 1 2.858; REsp 1 56289-SP, 1 ª. T., rei. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 02/08/ 1 999, p. 1 43; REsp 1 703 1 4-SP, 2ª. T., rei. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 24/081 1 998, p. 64; REsp 235 1 82-RJ, l ª. T., rei. Min. José Delgado, publicado no DJ de 28/02/2000, p. 67.

Há, no entanto, uma posição consagrada e aceita, ao que parece, pela unanimidade dos ministros: se se chegar à conclusão, em certo momento, de que seria cabível a denunciação da lide cujo processamento fora inadmitido, isso não leva à necessidade de que o processo principal seja anulado para que o l itisdenunciado seja citado, repetindo-se todos os atos processuais. A inval idação

dos atos já praticados importaria prejuízo desproporcional. Em casos tais, a pretensã.o regressiva permaneceria incólume, admitindo-se a propositura de ação autônoma em face do terceiro que deveria ser denunciado.

J 1.6.5. Síntese conclusiva: a nossa opinilio

ão há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem as duas concepções, muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças. Parece-nos não ser possível vetar-se, em abstrato, a admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de garantia imprópria (simples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte neste sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, a ideia do legislador 420

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

de 1 973 foi mesmo a de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo.

Mas não se pode negar que, de fato, a denunciação da lide implica um incremento da carga cognitiva do magistrado, seja pelo acréscimo de pedido novo, seja pela ampliação do thema probandum: fatos novos são deduzidos, os quais, muita vez, dependerão de um meio de prova distinto daquele que seria inicialmente utilizado (como uma perícia ou inspeção judicial, por exemplo). Essa situação dificulta, indiscutivelmente, a prestação da tutela jurisdicional para o adversário do denunciante - e a situação do particular envolvido em demanda contra o Poder Público, que pretende exercer sua pretensão regressiva contra o servidor pela denunciação da lide, serve bem como exemplo. Esse "prejuízo" é percebido e é significativo. A simples constatação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já nos revela como este tribunal o tem levado em consideração, para não permitir a denunciação da lide nestas situações. Nesta mesma linha, o legislador federal proibiu a denunciação da lide em causas de consumo (art. 88 cio CDC), para que o consumidor/

demandante não fosse prejudicado na tutela jurisdicional dos seus direitos. Além disso, como aponta Athos Gusmão Carneiro, embora seja permitida a ocorrência de denuncia

ções sucessivas (art. 73 do CPC), pode o magistrado indeferi-las, "naqueles casos em que venha a ocorrer demasiada demora no andamento do feito, com evidente prejuízo à parte adversa ao denunciante originário.127

A constatação da pertinência dos principais argumentos das correntes contrapostas é o suficiente para que se perceba a impossibilidade de obtenção ele soluções apriorísticas ou abstratas, quer pela ampla admissão, quer pela proibição em hipóteses de garantia imprópria. Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando o princípio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denunciação da lide pode comprometer a rápida solução do litígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, in concreto, a denunciação, restando ao prejudicado exercer por vias autônomas a sua pretensão regressiva.128

11. 7. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo autor (art. 74, CPC)

Quando quem se alega titular da pretensão regressiva for o autor, deve a denunciação ser requerida na própria petição inicial, formando-se entre o réu da demanda principal e o denunciado um litisconsórcio eventual inicial.

Será feita em primeiro lugar a citação do denunciado, suspendendo-se o processo (art.

72). O denunciado poderá: a) defender-se: negando a sua qualidade, quando então o autor 127. Intervenção de 1erceiros. 1 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1 1 O. O mesmo autor cit,1 julgado do STJ, de que foi relator, em que se consagrou este entendimento: Resp 9.876, publicado na RSTJ 24, p. 466.

128. Neste sentido, acolhendo expressamente nossa argumentação, STJ, 2" T., Resp n. 975.799/DF, rei. Min.

Castro Meira , j. em 14.1 0.2008 , publicado no DJe ele 28.1 1 .2008 .

prosseguirá sozinho com a ação contra o réu e terá, mesmo assim, assegurado o direito a ver solucionado na sentença final o seu direito de regresso em face do denunciado; b) comparecer e assumir a posição de litisconsorte ativo: caso em que poderá aditar a petição inicial (essa modificação não pode alterar substancialmente o próprio pedido formulado, ou cumular pedidos outros), agregando novos argumentos e/ou trazendo novas provas; c) permanecer inerte: quando será reputado revel na demanda regressiva.

Depois de tudo isso, cita-se o réu da demanda principal.

1 1 .8. Procedimento da denunciação da lide formulada pelo réu (art. 75, CPC) Quando quem se alega tit1Ilar da pretensão regressiva for o réu, deverá ele oferecer a denunciação e requerer a citação do denunciado no mesmo prazo de que dispõe para contestar a ação principal, isso sem prejuízo de oferecer, desde logo, sua resposta ao pedido do demandante.

Se o denunciado a aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá de um lado com o autor, e de outro com os litisconsortes, denunciante e denunciado (art. 75, I, do CPC).

Se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na sua defesa (art. 75, l l l) sem qualquer prejuízo, porquanto a confissão de um litisconsorte não pode prejudicar o outro (art. 350 do CPC).

Se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa, é o que afimrn o CPC (art. 75, II). Sucede que, confonne visto em item especifico, esse inciso foi pensado de acordo com o regramento do antigo chamamento à autoria, não estando em confonnidade com a denunciação da lide. É, pois, regra que não deve ser aplicada. Revel o denunciado, cabe ao denunciante tomar a postura que mais bem lhe convier, não lhe sendo imputado o dever de prosseguir na defesa até o final, acaso assim não queira (inciso II do ait. 75 do CPC).

Esse inciso merece análise separada, logo a seguir.

1 1 .9. O par. ún. do art. 456 do CC-2002 e o inciso l i do art. 75 do CPC

O par. ún. do art. 456 do CC-2002 trouxe regra processual que inovou de forma significativa o regime jurídico da denunciação da lide.

De acordo com o art. 75, I I, do CPC-73, se o denunciado pelo réu for revel, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final. Sucede que o CC-2002, para o caso de denunciação da lide feita pelo réu em razão da evicção (art. 70, I, do CPC), permite que, revel o denunciado, e sendo manifesta a procedência da evicção, possa o denunciante (adquirente) deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos. As regras, como se percebe, são diversas, para não dizer antagônicas.

Antes de examinarmos o parágrafo único do a1t. 456 do CC-2002, cumpre pontuar o seguinte: este dispositivo somente cuida da denunciação da lide por evicção, não abrangendo expressamente as outras hipóteses. Assim, a princípio, não teria havido uma revogação total do inciso lf do a11. 75 do CPC, que a partir de agora somente incidiria na denunciação da lide fundada nos incisos 1 1 e l l I do art. 70 do CPC. Poder-se-ia afirmar, 422



NÇÃO

com Cassio Scarpinella Bueno,129 que o CC-2002 teria acrescentado mais um inciso ao rol do art. 75 do CPC, desta feita para regular a situação específica na denunciação da lide por evicção - é como se houvesse um inciso IV no art. 75 do CPC.

No entanto, podemos ir mais longe. A revogação do inciso f l do art. 75 foi total. 130

O CC-2002 cuidou apenas da hipótese de denunciação da lide por evicção, porque apenas neste caso ela aparece prevista na legislação material, como meio obrigatório de exercício da pretensão regressiva (art. 456, caput). Somente por isso. Conforme veremos a seguir, o CC-2002 corrigiu um equívoco do CPC- 73, que, na redação do inciso II do art.

75, reproduziu disposição do chamamento à autoria, olvidando as profundas alterações introduzidas pelo novo regime da denunciação da lide, implementado por ele próprio. O

equívoco era manifesto, e a doutrina disso se apercebia. Aproveitemos a oportunidade, então, para dar ao inciso 11 do art. 75 o fim que ele merece: a proscrição definitiva. Vejamos as razões desta nossa conclusão.

Convém tecer algumas considerações sobre o inciso l i do art. 75 do CPC.

A primeira indagação é a seguinte: pode o réu denunciar a lide sem contestar?

A resposta é positiva. O art. 7 l do CPC prescreve que a denunciação da lide feita pelo réu deve ser requerida no prazo para contestar. Não se exige a apresentação simultânea da contestação e do pedido de denunciação da lide. É possível, inclusive, que o réu-denunciante seja revel da ação principal ou expressamente confesse a existência dos fatos trazidos pelo autor, e ainda assim requeira a denunciação. 131 Se o magistrado acolher o pedido, suspende-se o processo (art. 72 do CPC). 132 Se ainda houver prazo para contestar

- a denunciação da lide foi requerida, p. ex., no décimo dia do prazo para a contestação, 129. Partes e terceiros 110 processo civil brasileiro. São Paulo:

Saraiva, 2003, p. 256. Também assim, SALAZAR, Rodrigo. "De111111ciaçào da lide como meio de efetivação processual. limites Exegéticos'". Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em direito processual civil pelas Faculdades Jorge Amado/JusPODIVM. Salvador: inédito, p. 73.

1 30. Jones Figueirêdo Alves foi lacônico, porém preciso, na conclusão: "O parágrafo único é medida saudável de política processual para a abreviação do litígio, dispensando a incidência do art. 75, 11, do CPC". (ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado. Ricardo Fiúza (coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 406).

1 3 1 . O contrário não é possível. Não pode o réu-denunciante contestar e, depois, denunciar a lide, pois terá havido preclusào consumativa (BUENO, Cassio Scarpinclla. Partes e rerceiros no processo civil brasileiro, p. 232; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direiro Processual Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. !, p. 205).

132. É importante frisar que o fato que suspende o processo é o despacho citatório do terceiro, e não o requerimento de denunciação da lide. Explica Sidney Sanches: "Ora, sendo assim, elevem ser feitas as seguintes considerações: o réu pode denunciar a lide até o último dia do prazo para contestação (art. 7 1 , 2• parte).

Se fizer a denunciação antes cio último dia do prazo nem por isso estará automaticamente suspenso o curso do processo. E, consequentemente, ainda não estarã suspenso o curso do prazo para contestação. E, então, deverá estar atento para que o deferiment.o da denunciação, com a ordem de citação do denunciado, ocorra ainda dentro do prazo para contestação, pois, sem tal ordem, este continua correndo e podení se escoar por inteiro, com todas as consequências disso decorrentes. Se o requerimento só vier a ser deferido depois de decorrido o prazo para contestação, nem por isso poderá ser este restituído". (SAN

CHES, Sidney. De111111ciaçào da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984, p. 166).



FREDIE ÜLDIER JR.

que ainda não tivera sido oferecida-, após a citação do terceiro, recomeça a correr o prazo para a apresentação da defesa.

É como afi1111a Calmon de Passos, que bem resume a situação: "O Código não condiciona a denunciação à contestação. Limita-se a dizer que ela será requerida no prazo para contestar, se o denunciante for réu. Nem nos parece haja

incompatibilidade entre denunciar a lide e admitir expressamente os fatos alegados pelo autor. Logo, nenhuma incompatibilidade pode existir entre denunciar a lide e omitir-se quanto à contestação.

Disso resulta a compatibilidade entre a denunciação da lide e a revelia do réu denunciante, se ele, tendo-se limitado a requerer a citação do denunciado, fê-lo já sem prazo para contestar, depois de cessada a suspensão do processo, ou fê-Jo com prazo para isso, mas deixou de atuar tempestivamente". 133

Chegamos, então, à segunda indagação.

Se é possível ao réu-denunciante não apresentar defesa e denunciar a lide, como compatibilizar isso com o art. 75, II, do CPC, que, como visto, impõe ao réu-denunciante o ônus de promover a defesa se o denunciado for revel? Como poderá promover a defesa, se ele próprio, réu-denunciante, já foi revel?

Para responder a estas perguntas, é fundamental compreendermos a ratio do art. 75, li, do CPC.

Primeiramente, cumpre advertir que a revelia do denunciado produz as consequências normais de qualquer revelia (arts. 3 1 9 e segs. do CPC), em relação à demanda incidental regressiva. Com relação à demanda principal, se o denunciante tiver contestado, por força do a1t. 320, I, CPC, não se poderá falar de confissão ficta em relação ao denunciado134- não haveria qualquer sentido em o juiz reputar não-ocorrido um fato, para o réu-denunciante, e reputá-lo existente para o denunciado-revel.

Convém explicar o que seja "promover a defesa", ônus que se impõe ao réu-denunciante. "Promover a defesa" não significa apenas apresentar contestação, mas, sim, acompanhar a causa até as últimas instâncias, inclusive com a interposição de recurso extraordinário.135

Se se trata de um ônus, é fundamental saber qual é a consequência que advém para o denunciante se ele o descumprir. Calmou de Passos entende que, não promovendo a defesa, o réu-denunciante descumpre o ônus do art. 75 e, assim, perde "a possibilidade 133. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, v. 111, p. 373. Em sentido contrário, não admitindo a denunciação da lide antes da contestação, YARSHELL, Flávio Luiz. "Três temas de direito processual no âmbito do direit.o das obrigações e dos contratos". O Código Civil e sua interdisciplinaridade- os reflexos do Código Civil 11os

demais ramos do direito. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Dei Rey, 2004, p. 3 1 5.

134. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Ma11ual de direito processual civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 205, com amplas considerações.

135. M IRANDA, Francisco Cavalcami Pontes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, l. 1, p. 156.



de ver o seu direito declarado na sentença que lhe asseguraria o título reclamado para a execução contra o alienante ou contra o regressivamente responsável".136 Também compartilbam desta opinião Sidney Sanches, 137 Athos Carneiro138 e Rodrigo Salazar. 139

Há um problema nisso tudo. É que, no CPC-39, havia previsão desta consequência, para o caso de não-prosseguimento na defesa até o final (art. 98 do CPC-39).140 Esta regra se j ustificava pelas características da denunciação da

lide (então chamamento à autoria): não se dava ensejo ao exercício de demanda regressiva incidental e eventual, sendo simples comunicação do litígi.o pelo denunciante ao denunciado - era realmente uma simples denunciação da lide a um terceiro. Se o denunciado não comparecesse, cabia ao denunciante promover a defesa. O chamamento à autoria, ademais, somente era possível na hipótese de evicção (art. 95 do CPC-39); os direitos que dela surgissem, no entanto, somente poderiam ser exercidos por ação direta (art. 1 0 1),141 e não no mesmo processo, como ahialmente. "A sentença, na primeira causa, quando produz a evicção, é apenas peça de instrucção para a proposição da segunda demanda". 142•143

O CPC-73, embora tenha reestruturado a denunciação da lide, que passou a ser modo de exercício da pretensão regressiva (agrega-se ao processo um novo pedido), manteve, indevidamente e sem qualquer sentido, a antiga regra no inciso II do art. 75. Tanto que não atribuiu qualquer consequência expressa ao seu não cumprimento. As diferenças entre chamamento à autoria e denunciação da lide justificam a aparente contradição entre o inciso II do art. 75 e a possibilidade de o réu promover a denunciação da lide independentemente de apresentar a defesa.

136. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio ele Janeiro: Forense, 1998, p. v. 111, 373.

137. SANCHES, Sidney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984, p.

2 1 7-219.

138. Intervenção de terceiros. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001 , p. 1 1 8.

139. SALAZAR, Rodrigo. "Denunciação da lide como meio de efetivação processual. Limiles Exegéticos ".

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de especialização em direito processual civil pelas Faculdades Jorge Amado/.JusPodivm. Salvador: inédito, p. 7 1 .

140. Art. 98 do CPC-39: "Se o denunciado não vier ajuízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção".

1 4 1 . Art. 101 do CPC-39: "A evicção pedir-se-á em ação direta". A redação era péssima, como se vê; "na realidade, não queria aludir à evicção, que já tinha ocorrido, e sim ao exercício do direito à indenização, decorrente da evicção, gerado por ela". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1 974, p. 87).

142. MOURA, Mário de Assis. Da intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 92.

143. "No Código anterior (CPC de 1939) havia um motivo para isso, quando no art. 98 se estatuía: se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção. É que aí não eslava inserida a ação incidental de garantia. Havia simples intimação do litígio pelo denunciante ao denunciado. E, então, se exigia que o denunciante exaurisse todas as possibilidades de defesa para só assim, se vencido, se voltar, através de ação autônoma, contra o denunciado, reclamando-lhe reparação do prejuízo resultante da derrota. Não se queria que o denunciante afrouxasse na causa e depois se valesse de sua derrota para exigir a indenização do denunciado". (SA-11-CHES, Sidney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: .RT, 1984, p. 2 1 7.) 425

FREDIE DIDIER JR.

Como há exercício de ação em face do denunciado, não há mais qualquer sentido na imposição do ônus ao denunciante, para o caso de o denunciado permanecer revel.144 O

denunciado, a partir da sua citação, ingressa no processo; se responder à denunciação, assumirá a condição de litisconsorte unitário, para uns, ou assistente, para outros, do denunciante; 145 se for revel, nesta posição ficará no

processo: apenas a de réu-revel da demanda incidental, com o risco de ser condenado na pretensão regressiva; na sentença, o magistrado deverá resolver ambas as demandas formuladas: a principal e a regressiva (art. 76 do CPC); "sendo condenado o denunciante, o denunciado poderá sê-lo. Contra ambos a sentença terá, nesse caso, a plena eficácia executória, de modo que o denunciante será, de um lado, o executado e, de outro lado, o exequente contra o denunciado".1'16

Alguns doutrinadores, como já apontado, para dar ao inciso l i do art. 75 alguma serventia, tiveram que dele extrair aquela consequência: o réu-denunciante que não prossegue na defesa até o final, apesar da revelia do denunciado, perde a possibilidade de ver a sua pretensão regressiva apreciada na mesma sentença. A despeito do silêncio normativo, buscava-se encontrar coerência entre as normas: se há imposição de ônus, alguma consequência para o seu descumprimento teria de existir; como a referência histórica mais próxima que se tinha era o chamamento à autoria, aplicou-se, então, o art. 98 do CPC-39.

Parece ter sido exatamente esta consequência - perda do direito de ver reconhecida a sua pretensão regressiva. na mesma sentença (art. 76 do CPC) - que o CC-2002 quis excluir da conduta do réu-denunciante que deixa de apresentar defesa ou valer-se de recursos, quando o denunciado é revel. Veio em boa hora a nova legislação.

Desde a edição do CPC-73, alguns doutrinadores já se posicionavam contrariamente à exigência contida no inciso li do art. 75, sob o firndamento de que, com a remodelação da denunciação da lide (antigo chamamento à autoria), não se mais j ustificaria.147 Sidney Sanches chegou a afirmar o seguinte: "A nosso ver, não há boas razões para se exigir que o denunciante prossiga em sua defesa até final, se, por exemplo, verificar desde logo, que seu adversário tem razão e que o próprio denunciado silenciou (no caso de revelia, inc. lI)".148

144. Cândido Dinamarca já apontava esta circunstância: "O legislador de 1973 limitou-se a transcrever ou apenas adaptar fonnalmente algumas disposições que estavam no Código anterior, sem se aperceber da grande diferença substancial e de estrntura entre a disciplina do instituto nos dois Códigos, a saber: a inclusão, na denunciação da lide, da demanda de condenação do terceiro a ressarcir (ação de garantia), que no velho chamamento à autoria era excluid.i de modo expresso. Daí a presença de algumas proposições que, quando interpretadas literalmente, conduziriam a resultado de todo inaceitáveis, porque em profundo conflito com

o sistema vigente"(lnstiluições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. IJ. p. 404).

145. Convém lembrar que, no sistema do chamamento à autoria, se o litisdenunciado respondesse à denunciação, substituiria o litisdenunciante, que sairia do processo (art. 97 do CPC-39).

146. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Cha111a111e1110 à autoria. São Paulo: RT, 1973, p. 1 77.

1 47. Ver, a propósito, SANCH ES, Sidney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984, p. 2 1 7-218. Também neste sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Chamamento à autoria.

São Paulo: RT, 1973, p. 1 77.

148. SANCHES, Sidney. Denunciação da lide no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 984. p. 2 1 7.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Cândido Dinamarco trouxe outros argumentos contrários à interpretação literal deste inciso: a) o litisdenunciado não tem a faculdade de recusar a denunciação da lide, "porque ele é réu na demanda de garantia proposta pelo denunciante e nenhum réu tem o poder de afastar por vontade e ato próprios a autoridade que o juiz exerce sobre ele no processo; 149

b) "quer o denunciado aceite a denunciação e responda à inicial, quer ele a recuse ou fique revel, sempre cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o

final - porque esse é um ônus de toda parte em qualquer processo e também porque, ainda quando o terceiro venha efetivamente ao processo e adote comportamento dil igente e atuante, nem por isso o denunciante fica dispensado de prosseguir na defesa até o final".150

Mesmo durante a vigência do CPC-39, que continha regra expressa, surgiam vozes dissonantes que criticavam o rigor do antigo art. 98. Carvalho Santos, p. ex., afirmava que de acordo com o art. l . l 1 6 do CC- 1 9 1 6, a garantia da evicção dependia tão-somente da comunicação da demanda, feita de acordo com as regras processuais, "de sorte que não se toma o réu obrigado a defender o chamado à autoria, no caso de não querer êste comparecer em juízo. O réu arcará com as consequências de sua revelia. Por onde se vê que o Código de Processo exorbitou, ao cominar a pena de perder o direito à evicção ao réu não prosseguir na defesa".151 Araújo Cintra, que além da opinião de Carvalho Santos, também lembra o posicionamento de Vicente Chermont, também criticava o dispositivo,

"tanto mais que, por vezes, pode ocorrer que o próprio denunciante esteja convencido das razões do terceiro, não sendo j usto que seja forçado a litigar".152

Pois bem.

O CC-2002, com o parágrafo único do art. 456, consertou este equívoco do CPC73: não há mais o ônus do réu-denunciante de prosseguir na sua defesa, até final, se o denunciado for revel. Consequentemente, não se pode dizer que, em tal situação, o não-prosseguimento na defesa implique a perda do direito de ver o denunciante a sua pretensão regressiva examinada na mesma sentença (art. 76 do CPC). Examinemos cada excerto do mencionado dispositivo, pois assim fica fácil verificar a intenção legislativa de corrigir o lapso do legislador de 1 973. A redação do dispositivo, aliás, mostra que o legislador civilista conhecia, no particular, as críticas doutrinárias que se fizeram ao antigo chamamento à autoria e aos lapsos cometidos pelo CPC-73 na modelagem do instituto da denunciação da lide.

Art. 456, parágrafo único: "Não atendendo o alienante à denunciação da lide,(a)-(b) e sendo manifesta a procedência da evicção,(c) pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".(d)

(a) O CC-2002, neste parágrafo único, menciona o instituto da "denunciação da

lide", criação legislativa do CPC-73, enquanto o caput do artigo praticamente reproduz a 149. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. li, p. 404-405.

150. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. l i, p. 405.

1 5 1 . SANTOS, J. M. Carvalho. Código de processo civil i111e1pre1ado. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1 964, V. 11, p. 52.

1 52. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Chamamento à aworia. São Paulo: RT, 1 973, p. 1 58.

redação do artigo 1 . 1 1 6 do CC- 1 9 1 6 .1�3 Revela-se, assim, o intuito deliberado de cuidar de instituto novo, e não simplesmente melhorar o regime do CC- 1 9 1 6.

(b) "Não atender à denunciação da lide" é ser revel, é não comparecer em juízo, exatamente a conduta descrita na primeira parte do inciso I I do art. 75 do CPC. Estamos, pois, diante de texto normativo que regula idêntica situação e que, assim, substitui o texto anterior.

(c) O legislador, para dispensar o réu-denunciante do ônus de prosseguir na defesa, traz outro requisito, que se cumula com a revelia do denunciado: a manifesta procedência da evicção. Na verdade, quer o legislador referir-se à grande probabilidade de a evicção ocorrer, em razão da manifesta procedência do pedido formulado contra o réu-denunciante.

Se o denunciante estiver convencido de que o autor tem razão, e o denunciado é revel, poderá ele deixar de prosseguir em sua defesa, que ademais seria abusiva e injusta.15

O réu-denunciante poderá, simplesmente, deixar de oferecer defesa - simplesmente promovendo a denunciação da lide, conduta que, como se viu, sempre foi possível - ou reconhecer expressamente a procedência do pedido que lhe foi dirigido. Perceba-se, ainda, que este excerto cuida de situação que a doutrina já apontava (Sidney Sanches, Vicente Chennont, Araújo Cintra): a absurdez da exigência de o denunciante prosseguir na defesa se estiver convicto da razão do seu adversário.

(d) Ao mencionar expressamente a possibilidade de o réu "deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos", o legislador refere-se exatamente ao conteúdo que a doutrina emprestava à locução "prosseguir na defesa", contida no inciso II do art. 75 do CPC.

Também aqui aparece a sintonia do legislador civilista com as manifestações doutrinárias surgidas em derredor do chaman1ento à autoria e, empós, da denunciação da lide.

Com razão Cassio Scarpinella Bueno, quando defende a aplicação do parágrafo único do art. 456 do CC-2002 na hipótese de denunciação da lide promovida pelo autor - no caso, poderia o autor, sendo manifesta a improcedência do seu pedido, e sendo revel o denunciado, deixar de usar de recursos.155

Cassio Scarpinella Bueno entende que este novo parágrafo autoriza a chamada

"condenação direta" do denunciado, pois foi aquele que, em última análise, deu ensejo à evicção.156 As demandas que dão ensejo à evicção são reais ou rei persecutórias: seja uma ação reivindicatória proposta por um terceiro, seja uma ação declaratória do direito de propriedade proposta pelo adquirente em face de terceiro que discuta o seu direito.

O primeiro caso, que dá azo ao surgimento da denunciação da lide pelo réu, trata-se de 1 53 BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros 110 processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 252.

1 54. "Resistir é aproveitar-se do processo para 'ganhar tempo', é abusar do direito de defesa (que poderia até render ensejo à antecipação de tutela com base no art. 273, U, do Código de Processo Civil); é litigar de má-fé (e motivar sua apcnação porque incursa nos incisos 1, 11, IV ou V do art. 1 7 do mesmo Código)" (BUE

NO, Cassio Scarpinella. Panes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 254).

1 55. BUE O, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros 110 processo civil brasileiro, p. 257-258.

156. BUENO, Cassio Scarpinella. Partes e terceiros 110 processo civil brasileiro, p. 252-259; 266-268.

demanda que tem por objetivo a entrega de coisa, que está nas mãos do réu, e não nas do alienante-denunciado. Neste caso, não entendemos como poderia haver "condenação direta" do denunciado a devolver uma coisa que não está com ele.157 No entanto, se o autor agregar ao pleito reivindicatório o pedido de indenização, p. ex., pelos frutos colhidos e percebidos, e pelos que o réu deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé (art. l .2 1 6 do CC-2002; art. 5 1 3 do CC- 1 9 1 6)158, em relação a esta parcela da demanda será possível cogitar-se de "condenação direta" do denunciado.

Concordamos, contudo, que este parágrafo único do art. 456 pode servir como mais um argumento a favor daqueles que defendem a possibilidade de condenação direta do denunciado.

Uma observação a mais precisa ser feita. O réu-denunciante pode deixar de oferecer contestação ou valer-se de recursos mesmo se o denunciado não for revel. Assumirá, então, as consequências de sua conduta. Acontece que, se o denunciado estiver no processo, assumirá ele, como vimos, a posição de litisconsorte ou assistente do denunciante (depende da con-ente doutrinária que se adotar), e, em qualquer destas posições, poderá promover a defesa ou valer-se de recursos pelo denunciante, impedindo que aquelas condutas do denunciante por si sós lhe prejudiquem. É que as omissões e condutas determinantes (aquelas que inexoravelmente levam à parte a uma situação processual desfavorável) do denunciante não podem prejudicar o denunciado que compareceu ao processo (art. 75, 1, do CPC).

12. CHAMAMENTO AO PROCESSO

O chamamento ao processo (não confundir com o chamamento à autoria, instituto antigo, que redundou na atual denunciação da lide) é instituto novo, criado pelo CPC73. A sua finalidade primeira é alargar o campo de defesa dos fiadores e dos devedores solidários, possibilitando-lhes, diretamente no processo em que um ou alguns deles forem demandados, chamar o responsável principal, ou os co-responsáveis ou coobrigados, para que assumam a posição de litisconsorte, ficando submetidos à coisa julgada.

Trata-se de intervenção de terceiro provocada pelo réu, cabível apenas no processo de conhecimento, que se funda na existência de um vínculo de solidariedade entre o chamante e o chamado. É instituto criado em benefício do réu. Neste sentido, revela uma desarmonia entre o direito material e o direito processual: é que, conforme regra antiga, havendo solidariedade passiva, pode o credor exigir toda a dívida de qualquer um dos co-devedores (art. 275 do CC-2002). Este beneficio é retirado, na medida em 157. Cassio Scarpinella Bueno lembra a lição de Gabriel Rezende Filho, escrita para o chamamento à autoria, mas plenamente aplicável atualmente: "Entretanto, como o objetivo principal da execução é a entrega da coisa demandada, que continua em poder do réu primitivo, contra êste executar-se-á a sentença" (Curso de direito processual civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1 , p. 29 l).

1 58. Adaptação de exemplo sugerido por Gabriel Rezende Filho, em outro contexto (Curso de direito processual civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1 , p. 291).

que pode o devedor solidário demandado trazer ao processo o outro devedor, que por opção do autor-credor não havia sido colocado como parte ré, impondo ao

demandante prosseguir no processo em face de quem, a princípio, não demandara.

" ... tudo isso nos leva à conclusão de que o legislador processual está retirando com a mão esquerda aquilo que o legislador material deu a.o credor com a direita, suprimindo, na prática, o beneficio que a lei civil lhe concede".159

Os chamados devem ao credor/autor, não ao chamante. Não se trata, pois, de exercício de ação regressiva do chamante contra o chamado, mas apenas de convocação para a formação de l itisconsórcio passivo. Não há ampliação do objeto litigioso do processo.

Cândido D inamarco, Marcelo Abelha Rodrigues, Nelson Nery Jr. etc. entendem que o chamamento ao processo é hipótese de ampliação objetiva do processo, com exercício de demanda incidental de regresso.

Observe que as pessoas que podem ser chamadas ao processo têm sempre alguma obrigação perante a parte contrária; têm, consequentemente, legitimidade passiva ordinária: poderiam até ter sido demandadas diretamente pelo autor. 160 É a contraposição da nomeação à autoria, que visa exatamente excluir uma parte i legítima, nomeando a legítima; aqui, se inclui uma parte também legítima, ampliando subjetivamente o processo.

O litisconsórcio que se forma é ulterior, passivo e facultativo. Será unitário ou simples, a depender da indivisibilidade do bem objeto da dívida solidária: já se viu que nem sempre a solidariedade implica u nitariedade, que dependerá da natureza do bem jurídico (se indivisível, unitário; se divisível, simples). É certo, porém, que sempre que houver pluralidade de devedores de obrigação indivisível haverá solidariedade.

Só cabe o chamamento ao processo se, em face da relação material deduzida em juízo, o pagamento da dívida pelo chamante dê a este o direito de reembolso, total, ou parcial, contra o chamado. Isso não quer dizer que o chamamento ao processo implique demanda regressiva (para buscar o qu inhão que cabe a cada um na solidariedade passiva), à semelhança do que ocorre com a denunciação da l i de. O chamado, co-devedor que é, pode, ao final, pagar a dívida (com a expropriação de bens que compõem o seu patrimônio) e, então, é ele que se voltará, regressivamente, só que contra o chamante.

O objetivo da lei é a inclusão de todos (chamante e chamados) na mesma

condenação, porque o título que se forma é judicial e a sua execução só pode ser dirigida em face dos que participaram do seu processo de formação. O ato decisório do juiz represen-J 59. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, cit., p. 89. Dinamarco, entretanto, defende o instituto: ..... proceder a uma instrução mais ampla e, por isso, mais demorada que aquele que se daria se não ocorresse a pluralização de partes no processo. Isso só deporia contra o instituto, porém, se se partisse da nefasta premissa inerente ao método do processo civil do autor, hoje repudiado por todos que buscam um processo de resultados e propugnam pela busca do maior proveito útil possível ao exercício da jurisdição."

J 60. DlNAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Cit, p. 42 1 .

tará título executivo certo e exequível para o credor e condicional para o devedor que satisfizer a dívida: para aquele que cumprir a condenação, a sentença consubstanciar

-se-á em título executivo, sem a necessidade de maiores delongas (art. 80 do CPC).161

A sentença, embora certa quanto à condenação de todos os devedores, é incerta

quanto à legitimação para a execução, que só será deferida àquele que satisfizer a dívida.162

Eis os casos de chamamento ao processo, previstos no art. 77 do CPC: a) na ação promovida pelo credor contra o fiador, este poderá chamar o afiançado (perceba, não cabe chamamento do fiador na hipótese de o devedor principal ser demandado, pois não há possibilidade teórica de regresso do devedor em face do fiador): ganhará a vantagem do título executivo bem corno de exercitar o benefício de ordem, nomeando bens livres e desembargados do devedor à penhora; b) quando duas ou mais pessoas prestam fiança relativamente a um mesmo débito, em regime de solidariedade, e o credor resolve cobrar a dívida de apenas um dos fiadores, poderá este chamar ao processo seu co-:fiador. Poderá chamar, também, o devedor principal; c) é admissível o chamamento ao processo de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum. Pela lei civil, o credor poderá escolher dentre os devedores solidários, aquele contra quem exercerá a pretensão executória.

São exemplos de casos típicos de ação regressiva, não encetados pela denunciação da lide. Enquadrou o legislador, pelo princípio da especialidade, como caso de chamamento ao processo. Não se aplica, ainda, a denunciação da lide. Por causa desta parecença entre os institutos, o CPC manda aplicar ao chamamento ao processo, por analogia, as regras da denunciação da lide (art. 79). Ademais, entre os chamados e a parte adversa, como já se disse, há relação jurídica direta, o que inexiste nas hipóteses de denunciação. Perceba que não há exercício do direito de ação, mas mera provocação de intervenção. Trata-se de exemplo clássico de ampliação subjetiva ulterior, autorizada por lei.163•164

O STJ não aceitou o chamamento ao processo da União feito pelo Estado-membro, no caso de ação para fornecimento de medicamento. Entendeu que o art. 77, IIl, CPC, refere-se apenas às obrigações solidárias pecuniárias, não admitindo interpretação extensiva para as obrigações de entregar coisa certa (2ª T., REsp n. 1 .009.947/SC, rei. Min. Castro Meira,j . em 07.02.20 1 2.) O STF também não admitiu esse chamamento ao processo, com flmdarnentação mais inespecífica, relacionada à duração razoável do processo (1 ª T., AgRg no RE n. 607.38 1 , rei. Min. Luiz Fux,j. em 3 1 .05.20 1 1 , publicado no DJe de l 7.06.201 1).

1 6 1 . "Art. 80. A sentença, que julgar procedente a açflo, condenando os

devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar".

162. FUX, Luiz. lmervençcio de terceiros, cit., p. 47.

163. DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Cil, p. 413.

164. FUX, Luiz. fntervençcio de Terceiros (Aspectos do Jnslituto). Cit, p. 45.



FREDIE DIDIER JR.

13. OUTRAS QUESTÕES

13.1. A denunciação da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo
O Código de Defesa do Consumidor traz dois artigos que tratam especificamente sobre a denunciaçã.o da lide e o chamamento ao processo nas causas de consumo. Não há distinção, quanto ao tratamento do tema, entre causas de consumo coletivas e individuais.

A análise que se faz, a partir de agora, serve à resposta do seguinte problema: em que medida é possível a utilização da denunciação da lide ou do chamamento ao processo em causas (coletivas ou individuais) de consumo?

A doutrina, de um modo geral, posiciona-se pela inadmissibilidade de denunciação da lide em causas de consumo. Basicamente, três são as linhas de argurneDtação: a) seria incompatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva implementado pelo CDC, pois, pela denunciação da lide, introduzir-se-ia fundamento jurídico novo, o que seria vedado; b) a denunciação da lide, pelo fornecedor, ern causas de consumo, comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional, o que prejudicaria, "por tabela", o consumidor; c) a existência do art. 88, que veda a denunciação da lide nas causas de consumo, na hipótese de pretensão regressiva fundada na responsabilidade por fato do produto (arts. 1 2 e 1 3 do CDC). 165

Em relação ao argumento "a", já o enfrentamos, quando examinamos a extensão que se deve dar ao inciso lil do art. 70 do CPC: a solução deve ser casuística.

Agora, ao argumento "b".

Não se pode proibir a denunciação da lide, em tese, sob o argumento de que se trata de instituto que compromete a prestação tempestiva da tutela jurisdicional (argumento "b").

Se o instituto fosse, essencialmente, tão nefasto, deveria ser proscrito de todo o sistema

- e não somente da tutela jurisdicional das relações de consumo. Conforme dissemos, o caso não é para soluções "em tese", "abstratas", "apriorísticas". Como o legislador não cuidou de proibir o instituto - veremos que o art. 88 do CDC não trata da denunciação da lide --, não nos parece possível esta interpretação.

Vejamos, então, o último argumento.

A literalidade do art. 88 do CDC é clara ao vedar a denunciação da lide, nas h ipóteses do art. 1 3 do mesmo código. Assim, o fornecedor demandado por um fato do produto não poderia denunciar a lide ao fabricante, construtor, produtor ou qualquer outro agente que componha a cadeia da relação de consumo; a ele somente restaria a propositura de 165. Ver, neste sentido, RODRIGUES,

Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comenlado e legislação processual civil exlravagante em vigor. S ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1 .893; JORGE, Mario Helton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.

demanda regressiva autônoma, que poderia dar-se nos mesmos autos. Este artigo aplica-se tanto à tutela individual como à tutela coletiva dos direitos do consumidor, conforme já foi alertado. Examinemos as principais questões que surgem na aplicação deste dispositivo.

Em primeiro lugar, cumpre observar se a situação prevista no art. 88 do CDC enseja realmente denunciação da lide. É que, por força do parágrafo único do art. 7° do CDC, há responsabilidade solidária de todos aqueles que tenham participado da cadeia produtiva (produtor, importador, distribuidor etc.). Ora, como h ipótese de responsabilidade solidária, a modalidade interventiva cabível é o chamamento ao processo (art. 77 do CPC), e não a denunciação da lide. De fato, o caso seria ele chamamento ao processo. 166•167 Na verdade, não obstante a letra da lei, a proibição não diz respeito à denunciação da lide, mas, sim, ao chamamento ao processo. A razão da proibição, aliás, é muito simples.

O chamamento ao processo é modalidade interventiva que beneficia, unicamente, o devedor solidário demandado, em detrimento do credor-autor, que terá de demandar contra quem, a princípio, embora pudesse fazê-lo, não quis promover a demanda. Além disso, a cadeia produtiva por vezes é muito comprida; admitir-se o chamamento ao processo, nestes casos, poderia implicar a possibilidade, ao menos teórica, de formação de um litisconsórcio facultativo passivo muito grande, também aqui em detrimento, obviamente, do consumidor-autor. O legislador antecipou-se ao apl icador da norma: procedeu à adequação subjetiva cio regramento processual das causas de consumo, impedindo a util ização desta modalidade de intervenção de terceiro.

Uma outra dúvida é quanto à extensão da proibição: o art. 88 somente faz referência às demandas que versam sobre responsabilidade por fato do produto; não menciona aquelas relacionadas à responsabilidade por fato do serviço (art. 1 4 do CDC), por vício do produto ou do serviço (arts. 1 8 e segs. do CDC). Fica a dúvida, então: proíbe-se de forma generalizada a "denunciação da lide" (sic) ou a vedação se dá apenas nas restritas situações previstas no dispositivo do art. 88?

Já se observou que a redação do art. 88 não é muito feliz, ao referir-se à denunciação da 1 ide quando era caso de chamamento ao processo. A remissão apenas aos casos de responsabilidade por fato do produto, e não aos demais, contudo, não se justifica. É que também nas outras hipóteses de responsabilidade podem existir vários responsáveis -

fornecedores que compõem a cadeia de consumo-, cuja permissão de ingresso em juízo, contra a vontade do consumidor-autor (que não os escolheu como réus, embora pudesse 166. Também assim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 296; JORGE, Maria 1-lelton. "Da denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 2002, n. 108, p. 38-42.

1 67. A confusão que se faz entre denunciação da lide e chamamento ao processo pode ser solucionada à luz do direito material. " ... na denunciação existe vínculo jurídico no plano material apenas entre denunciante e denunciado; no chamamento, os chamados são devedores do credor comum, não do chamado". (BE

DAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 1 1 2).

fazê-lo, repita-se, em razão da solidariedade), poderia ser-lhe bastante prejudicial. A analogia, aqui, se impõe.

Ainda sobre o chamamento ao processo nas causas de consumo, cabem algumas palavras sobre o art. 1 o l , u' coe.

A intervenção com base em contrato de seguro será, no mais das vezes, a denunciação da lide, porquanto não possua a empresa seguradora vínculo de

direito material com o adversário do denunciante segurado. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor, como forma de ainda mais bem tutelar os direitos do consumidor, criou uma figura nova do chamamento ao processo em casos de seguro (art. 1 O 1 , II, do CDC). 168 Kazuo Watanabe justifica a adoção dessa nova modalidade de chamamento ao processo:

"O fornecedor demandado poderá convocar ao processo o seu segurador, mas não para o exercício da ação incidente de garantia, que coDstitui a denunciação da lide ... , e sim para ampliar a legitimação passiva em favor do consumidor, o que se dá através do instituto do chamamento ao processo ... Com a norma do art. 1 O 1 do Código, o elenco do art. 77, CPC, fica ampliado para nele ficar abrangido o segurador do fornecedor de produtos e serviços, que passa a assumir a condição de co-devedor perante o consumidor. (...) O chamamento ao processo, portanto, amplia a garantia do consumidor e ao mesmo tempo possibilita ao fornecedor convocar desde logo, sem a necessidade de ação regressiva autônoma, o segurador para responder pela cobertura securitária prometida".169

Na verdade, o CDC adotou expressamente a concepção doutrinária que admitia a

"condenação direta" do denunciado, mesmo não havendo relação jurídica entre ele e o adversário do denunciante, sob o fundamento de que o CPC trata o denunciado como litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, I). O STJ tem inúmeros precedentes admitindo a condenação direta da seguradora-denunciada (ver, por exemplo, com boa resenha, REsp 1 88. 1 58-RS, Rei. Min. Fernando Gonçalves, j ulgado em 1 5/6/2004). 170 Para evitar discussões, o CDC optou por rotular a intervenção, que seria denunciação da lide, de chamamento ao processo, para permitir que o consumidor possa executar a sentença diretamente contra a seguradora (art. 80 do CPC).

168. "Art. 1 O 1 . a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuizo do disposto nos Capitulos 1 e li deste titulo, serão observadas as seguintes nonnas: (...) 1 1 - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o sindico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afinnativo.

o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao lnstituto de Resseguras do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este".

1 69. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor come111ado pelos aurores do ameprojero, p. 70 1 -2.

1 70. O CC-2002 também traz dispositivo semelhante, para os casos de seguro-obrigatório: "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado cm ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório".

Eis, por enquanto, o quadro: somente é admissível, nas causas de consumo, inclusive as coletivas, o chamamento ao processo de que cuida o inciso li do art. 1 O l , CDC; as demais hipóteses ficam proibidas, ex vi do art. 88 do COC. Em relação à denunciação da lide, não vemos qualquer proibição em tese: é no caso concreto, à luz de suas peculiaridades, que o problema deve ser resolvido.

13.2. Intervenção especial da União e das pessoas jurídicas de direito público O constituinte, no inciso l do art. 1 09 da Constituição Federal, estipulou que as

causas cíveis em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais intervierem como assistentes serão da competência da justiça federal de primeira instância.

Sucede que, corno pontuou Aluísio Mendes, "o Poder Executivo e o legislador ordinário já tentaram afastar, de modo dissimulado, o interesse jurídico como requisito, estabelecendo uma intervenção ex officio ou por simples desejo do ente federal". 171 Editaram-se leis que autorizavam a intervenção da União, em processo alheio, sem a necessidade de demonstração de interesse jurídico, e que, em razão disso, desnaturavam os clássicos institutos da intervenção. 172

Sempre poderá afirmar-se, é verdade, que as modalidades interventivas são institutos processuais criados e regulados por lei infraconstitucional, que modela os seus contornos e os seus pressupostos sem maiores limitações. lndaga-se, entretanto: a Constituição, ao estabelecer a norma de competência em questão, em cuja hipótese de incidência consta a assistência, criou tipo aberto a ser preenchido, ao seu bel-prazer, pelo legislador ordinário, ou referiu-se a instituto já consagrado pela Lrndição jurídica brasileira, que sempre exigiu a presença de interesse juridicamente qualificado?

Alterar as regras da intervenção de terceiro é tarefa do legislador ordinário, sem dúvida; mas a partir do momento em que a Constituição Federal seleciona um instituto processual, para compor o tipo constitucional que comete competência a determinado órgão jurisdicional, não poderia o legislador ordinário alterar o conteúdo dogmático do instituto, sob pena de, com isso, ferir o texto constitucional.

17 l . MENDES, Aluísio Gonçalves. Co111petê11cia Cível da Justiça Federal. São Paulo: Saraiva, 1 998, p. 67.

172. São exemplos lembrados por Aluísio Mendes, em relação aos quais se aplica o quanto aqui dito: a) Lei n.

5.010/ 1966, art. 70: "A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal."; b) Lei n. 5.627/1 970, art. 4º: "Nas ações judiciais cm que as Sociedades de Seguros ou ele Capitalização, em

regime de liquidação extrajudicial compulsória, sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União será sempre citada como assistente (arl. 1 25 da Constituição Federal). Parágrafo li nico. As disposições dêste artigo aplicam-se ãs ações cm curso, devendo os respectivos processos ser remetidos 'ex officio 'ã Justiça Federal no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for apresentado em juízo o pedido de citação da União."; e) Lei n. 6.825/1980, art. 7º: "A União Federal poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades ele economia mista ou empresas públicas com participação majoritária Jederal, bem assim os órgãos autônomos e fundações criados por lei federal"; d) Lei n. 8. 1 971199 l, art. 2°: "A União poderá intervimas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais."



FtlEDIE DIDIER JR.

Nada impede que, amanhã, edite-se uma lei que autorize a intervenção de terceiro por prejuízo econômico ou emocional, desde que não altere a competência jurisdicional constitucionalmente estabelecida.

Alterar os pressupostos da assistência apenas para a União e outras pessoas jurídicas de direito público, sem fazer o mesmo para os particulares, é desigualação descabida e desproporcional; se a dispensa da exigência do interesse jurídico, para intervir em demanda pendente, fosse para todos, não

haveria o que se questionar; dispensá-la apenas para os entes públicos não se justifica.

A jurisprudência, atenta a esta circunstância, continuou a considerar imperiosa a existência de interesse jurídico, a despeito da legislação dissonante. São exemplos desta corrente os enunciados nº 6 1 e 1 50173 da súmula do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Estaria, se assim não fosse, "a lei ordinária ampliando as hipóteses constitucionais de competência da Justiça Federal. E por isso mesmo o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 4º da Lei 5.627/70".174

Não obstante isso, em 1 997, editou-se a Lei Federal n.0 9.469, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 1 .56 1 , que assim dispõe:

A.rt. 5°. 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 ele 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.175

O dispositivo legitimou a União a intervir de forma ampla em processo alheio, tendo em vista apenas a qualidade das partes em litígio, independentemente da juridicidade do interesse que leva à intervenção.176 Permite-se, inclusive, que a União formule pedido de suspensão de segurança. 177 O tipo legal exige, como elementos fundamentais para o 1 73. Súmula do TFR, n.61: "Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa."; Súmula do STJ, n . 1 50:

"Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico, que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas:·

1 74. Trecho de voto do Min. Eduardo Ribeiro, citado por Aluísio Mendes e

publicado na RSTJ 25/46. Também conforme o acórdão do STF citado por Vicente Greco Filho: "O interesse da União, na demanda, para deslocar a competência da Justiça comum para a Justiça Federal, há de ser interesse real, interesse que faça com que a União diretamente se beneficie ou seja condenada pelo julgado, e não o interesse adjuva11d11111

ra11111111". (Direito Processual Civil Brasileiro. 1 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, v. 1, p. 1 50.) 1 75. Observar que, agora, não se pode mais editar medida provisória com conteúdo processual, a panir da edição da Emenda Constitucional nº 32, de 1 1 .09.200 1 , que alterou substancialmente a redação do arl. 62

da Constituição Federal.

176. GRECO FILHO, Vicente. Direi10 Processual Civil Brasileiro, ob. cit., p. 1 5 1 .

177. Co11e Especial, STJ, AGP 1 .62 1 /PE, rei. Min. Nilson Navcs,j. 24.06.2002, DJ 14.04.2003.



ingresso, a presença, como autora ou ré, de uma das pessoas indicadas e a manifestação de vontade da União em participar do feito; em nenhum momento cogita do interesse, que parece estar presumido. É, sem dúvida, intervenção sem equivalente em nosso Código de Processo Civil.

Acreditamos que, seguindo a linha jurisprudencial a respeito da legislação anterior, este dispositivo deverá ser interpretado confonne a Constituição, de modo que se autorize intervenção apenas quando presente o interesse j urídico. É

realmente irrazoável autorizar

-se a alteração subjetiva do processo por simples manifestação de vontade, mesmo que inexistisse qualquer prejuízo.178

Uma questão, ainda, merece análise especial, independentemente de se exigir ou não a juridicidade do interesse: 179 a intervenção especial da União em fase recursai.

Afirma o dispositivo que a União estaria legitimada a intervir em causas de que façam parte sociedades de economia mista. Sabe-se, por outro lado, que a presença de tais entes não "desloca " (sic) a competência para a Justiça Federal (art. 1 09, 1 , CF/88).180 Assim, quid iuris se a União recorrer, como terceira, de sentença prolatada contra a sociedade de economia mista: desloca-se o julgamento para Justiça Federal ou permanecerá competente o Tribunal de Justiça do Estado-membro?

Entendemos que o recurso, a despeito de ter sido interposto pela União, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado, e não pelo Tribunal Regional Federal, porquanto este, de acordo com o art. 1 08, II, da CF, somente tem competência recursai para "as 1 78. O STJ, em decisão recente, disse não se aplicar o dispositivo do art. 5.º da Lei n. 9.469/ 1 997 ao mandado de segurança: "O arl. 5.0, par. ún., da Lei 9.469/97 não alcança o mandado de segurança. Destarte, a pessoa de Direito Público, alegando que o deslinde do feito resultará, direta ou indiretamente, efeito econômico, não pode se valer desse dispositivo para intervir nesse tipo de processo" (EDcl no AgRg no MS 5.690-DF, Rei. Min. Humberto Gomes de Barros, julgados em 27.02.2002).

1 79. Conquanto não mencione a questão da indevida ampliação constin1cional das hipóteses de competência da Justiça Federal, Vicente Greco Filho parece aceitar esta intervenção especial: "Daí podermos concluir que, em virtude da legitimação estabelecida pelo texto legal, a intervenção da União pode ocorrer, nas hipóteses citadas, ainda que o interesse ele intervir seja meramente ele fato ou, ainda, apenas, para acompanhar o feito como observadora. Releva ressaltar, ainda, que fica afastada por incompatível com a nova sistemática legal a jurisprudência anterior restritiva à intervenção da União nas causas em que são partes as pessoas jurídicas acima enunciadas, inclusive no concernente à deslocação do foro para a sede da Circunscrição da Justiça Federal, fato que, agora, parece inconteste. A lei criou, por conseguinte, uma figura especial ele

intervenção, não enquadrável nas hipóteses capituladas como de intervenção de terceiros no Código de Processo Civil, que tem como pressuposto apenas a posição de autora ou ré uma das pessoas referidas na lei e a vontade da União. O interesse, no caso, se presume pela participação de capital majoritário federal nas empresas públicas ou sociedades de economia mista e pela criação no caso das fundações" (Direito Processual Civil Brasileiro, ob. cit., p. 1 S 1).

1 80. Enunciado nº 556 da súmula do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista". Enunciado n.42 ela súmula 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".



causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".181 lsso já foi visto, no capítulo sobre competência.182

Assim, mesmo que esta modalidade interventiva prescinda do requisito interesse j urídico - hipótese apenas para argumentar-, quando se der em fase recursai (por via de recurso do terceiro) não terá o condão de deslocar o processamento e o j ulgamento para a Justiça Federal, se a causa, originariamente, era da

competência da Justiça Estadual.

Mas ainda se cria uma outra modalidade de intervenção de terceiro.

O parágrafo único do dispositivo comentado escancara a desnecessidade de demonstração de interesse j urídico, legitimando qualquer pessoa jurídica de direito público (não somente a União, nem tampouco se restringe às pessoas públicas federais: qualquer uma, inclusive as estaduais e municipais)183 a intervir em qualquer causa, desde que demonstre as consequências econômicas. ainda que reflexas, da decisão judicial.

Essa intervenção seria para prestar esclarecimentos em matéria de fato e de direito, podendo, ainda, juntar memoriais. No entanto, fala-se que, se a pessoa jurídica de direito público interpuser recurso, tomar-se-á parte, para fim de deslocamento da competência.

Em primeiro lugar, trata-se de modal idade interventiva sui generis, cujos únicos legitimados são as pessoas jurídicas de direito público, que estariam, a princípio, dispensadas da demonstração do interesse jurídico, bastando o econômico. Sobre a necessidade de interesse jurídico já se falou linhas atrás: a despeito do texto legal, há que se exigir o interesse jurídico da pessoa jurídica de direito público. Sobre a exclusividade da legitimação - a par de manifesta inconstitucionalidade, pois a desigualação é aparentemente 1 8 1 . CARJ"\IEIRO, Alhos Gusmão. Jurisdição e competéncia. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, p. 124. o mesmo sentido, mais recememente, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do an. 5° da Lei 9.46911 997"'.

Aspec1os polémicos e atuais sobre os lerceiros 110 processo civil e assuntos afins. Frcdic Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 60 1 -6 1 1 .

1 82. E m sentido contrário, sem maiores fundamentações, decidiu a Primeira Tunna do Supremo Tribunal Federal: "Com base na jurisprudência do STF no sentido de que compete à Justiça Federal manifestar

-se, e111 ação de usucapião, sobre a existência ou não de interesse jurídico da União na lide, a Turma decidiu que co111pete ao Tribunal Regional Federal julgar, em sede recursai, a decisão de magistrado estadual que não admitira a intervenção da União, requerida em razão da área usucapiencla confrontar com

terreno de marinha ... " (RE 1 4-1.880-ES, rei. Min. Celso de Mello, 3 1 . 1 0.2000; precedente citado RE 203.088-SC, DJU 13.03. 1 998). Também assim o Superior Tribunal de Justiça, recentemente: "COM

PETÊ CIA. INTERVENÇÃO. CEF. A Seção, por maioria, decidiu que, se a CEF ingressar no feito, amda que no curso do processo. no caso após a sentença, automaticamente desloca a competência para a Justiça Federal. CC 38.790-RS, Rei. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rei. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki,julgado em 27/8/2003"; 1 • T, STJ, REsp n. 399.695/AL, rei. Min. Luiz Fux.

j. l 0.09.2002, DJ 02.1 2.2002, p. 234.

183. CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anô111ala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5° da Lei 9.469/1 997". Aspectos polémicos e atuais sobre os 1erceiros no processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruela Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 597.



sem sentido, além de ampliar as hipóteses de competência previstas na Constituição -, não é de se estranhar, mesmo que tenha surgido a partir de uma Medida Provisória, que requer, para a sua edição, relevância e urgência; basta que se observem as inúmeras prerrogativas processuais do poder público.

Em segundo lugar, afirma o legislador, desnecessariamente, que o recurso, para fins de "deslocamento da competência " (sic), transformaria em parte o recorrente público.

Consideramos despicienda a afirmação, pois toda a modalidade de intervenção de terceiro tem por finalidade transformar um estrnnho em parte - não seria esta uma exceção. Ao ingressar para defender seus interesses econômicos - relacionados a uma das partes -, está a pessoa jurídica intervindo na qualidade de um assistente com interesse meramente econômico, rompendo a tradição da exigência do interesse jurídico para a intervenção do coadjuvante.184 Na verdade, quis o legislador emprestar ao recorrente, para impressionar o operador jurídico, um status aparentemente de maior relevo, preparando, assim, a emboscada jurídica da modificação, em qualquer hipótese, da competência.185 Vejamos.

Ainda no campo das falhas técnicas, utiliza-se o legislador da expressão "deslocamento da competência ", quando, em verdade, o que se desloca é o processamento e o j ulgamento da causa, em função da alteração de competência em razão da pessoa.

Por último, mas não menos importante, quer afirmar o legislador que a simples intervenção recursai de uma pessoa jurídica de direito público poderia deslocar a causa para a Justiça Federal. Assim, por exemplo, se o Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal, recorresse de uma decisão que tramitasse na Justiça Estadual, para fins de modificação da competência, a causa seria transferida para o Tribunal Regional Federal. Ora, como demonstramos, não se pode expandir, por lei infraconstitucional, a competência da Justiça Federal; o TRF, em se tratando de competência funcional recursai, somente pode revisar decisões dos juízes federais e de j uízes estaduais no exercício da competência delegada (a11. 1 09, § 3°, CF/88). A condição de pa1te, ou não, é irrelevante. Este deslocamento da causa, nestas situações, jamais poderia acontecer. '86

1 84. Não considerando que essa intervenção transforme a pessoa jurídica de direito público em parte, CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5° ela Lei 9.46911 997". Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e ass1111tos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruela Alvim Wambier (coord.).

São Paulo: RT, 2004, p. 60 l .

185. A nosso sentir, sem razão, data venia, Alhos Carneiro, que identifica no caso intervenção de a111ic11s curiae.

Afirma que, apenas se a pessoa jurídica de direito público recorrer, haverá de se falar cm assistência; acaso a intervenção se dê exclusivamente cm primeiro grau, estaríamos diante de urna intervenção corno amigo do tribunal. (lntervençcio de terceiros. 1 3. ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 1 50- 1 5 1). Pelas razões que expusemos, não entendemos desta forma. Há, nitidamente, interesse da pessoa jurídica de direito público na demanda (só que interesse econômico), que ingressa para ajudar nos interesses de uma das partes; não se pode, assim, misturar com a figura cio amicus curiae, que é auxiliar da j ustiça, criado para o aprimoramento da qualidade técnica das decisões jurisdicionais. Sobre o assunto, mais longamente, ver ponto específico adiante.

1 86. Conosco, no paiticular, Aluísio Mendes: "/\ intervenção da União, das entidades autárquicas, fündações públicas ou empresas públicas federais no processo, após a pro lação da sentença, não desloca a competência para a Justiça Federal" (ob. cit., p. 144).

FREDIE DIDIER JR.

13.3. Intervenção litisconsorcial voluntária ou litisconsórcio facultativo ulterior simples

intervenção litisconsorcial voluntária é designação utilizada pela doutrina para referir

-se a dois fenômenos bastante distintos: a) assistência litisconsorcial, em que o terceiro voluntariamente pede para tomar-se litisconsorte unitário ulterior de

alguém, nos casos em que há colegitimação (intervenção do colegitimado); b) o litisconsórcio facultativo ulterior ativo simples, em que terceiro ingressa em processo pendente, formulando pedido autônomo para si, semelhante ao que já havia sido fonnulado.187

A assistência litisconsorcial já foi examinada. Lnteressa, agora, o estudo da segunda espécie de intervenção litisconsorcia/ voluntária.

Trata-se de modalidade de intervenção de terceiro que surgiu da experiência judiciária, pela qual um terceiro ingressa para formar um litisconsórcio ativo ulterior facultativo e simples.

Aproveitando-se do dispositivo que permite alteração subjetiva antes da citação, o terceiro que assim ingressa intervém para formular, em seu próprio nome, pedido de sentença que lhe conceda vantagem análoga à que vinha sendo postulada pelo autor. Há ampliação objetiva e subjetiva do processo.188 Nesta medida, diferencia-se da assistência litisconsorcial, uma vez que esta não amplia o objeto do processo.

Trata-se, entretanto, de prática em regra proibida em nosso sistema.189

Caso se permita o ingresso de terceiro na qualidade de litisconsorte simples ulterior ativo, estar-se-ia permitindo, por tabela, a escolha, pelo terceiro, do juízo competente para a sua causa, em burla manifesta ao princípio do juiz natural. A alteração subjetiva do polo ativo do processo, com o acréscimo de um litisconsorte, só é possível em caso de assistência ou de denunciação da lide formulada pelo autor - entendendo o denunciado como assistente do denunciante contra o seu adversário -, ou em caso de reunião de demanda conexas, quando, pela identidade do pedido, haveria l itisconsórcio unitário. A estabilidade subjetiva do polo ativo se opera, assim, com a propositura da demanda (art.

263, CPC). O litisconsórcio facultativo ativo deve ser inicial.

O Superior Tribunal de Justiça vem seguindo este entendimento:

"JUIZ NATURAL. LITISCONSÓRCIO APÓS DISTRJBUIÇÃO. fNADMISSIBI

LIDADE. Trata-se de ação ordinária interposta pelo ora recorrente que objetivava 187. Sobre as duas espécies de intervenção litisconsorcial voluntãria,

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva.

Assistência e illfervenção da União. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1 10; DINAMARCO, Cândido.

Litisco11sórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 333-334.

1 88. DINAMARCO, Cândido. Litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 998, p. 333-334.

1 89. Assim, por exemplo, CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1 , p. 1 79- 1 80; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 220; CARNEIRO, Alhos Gusmão. "O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os principios do juiz natural e do devido processo legal". Revista de Processo.

São Paulo: RT, 1 999, n. 96, p. 1 95-205.

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes relativa ao recolhimento do PIS e da Cofins, a teor da Lei n. 9. 7 1 81 1 998. Na espécie, distribuído o feito, o juiz deferiu o pedido de incl usão dos referidos litisconsortes ativos facultativos, seguindo-se a instrução probatória. Na sentença o magistrado de 1 º grau determinou a extinção do feito sem julgamento de mérito, lastreado no entendimento de que o litisconsórcio facultativo posterior

viola o princípio do juiz natural. O Tribunal a quo manteve a sentença afirmando inaplicável o art. 1 1 3, § 2º, do CPC. A Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento por entender que a admissão do litisconsorte facultativo ativo após já distribuída a ação mal fere o princípio do juiz natural, pois possibilitaria à parte ter prévia ciência de quem irá julgar a causa. Já quanto à cobrança do PIS e da Cofins entendeu que, no caso, a matéria tem cunho constitucional, cabendo ao STF sua apreciação em sede de recurso extraordinário. Precedentes citados: Ag 661 .924-PR, DJ 20/6/2005; REsp 498.209-PE, DJ 20/6/2005; REsp 640.987-RS, DJ 20/6/2005, e REsp 496 . 1 97-PR, DJ 9/5/2005." REsp 769.884-RJ, Rei. Min. João Otávio de Noronha, j. em 28.3.2006, lnfonnativo do STJ n. 279, 27-31 de março de 2006.

Há quem pense de outro modo, porém,190 admitindo a possibilidade desta modalidade interventiva. Normalmente, os doutrinadores que adotam essa concepção referem-se ao

§ 2º do aii. 1 4 da Lei Federal n. 9.289/1 996, que cuida do regime de custas da Justiça Federal, e que poderia autorizar essa intervenção: "§ 2° Somente com o pagamento de importância igual à paga até o momento pelo autor serão admitidos o assistente, o litisconsorte ativo voluntário e o oponente". Há quem, ainda, admita, em tese, a possibilidade dessa modalidade de intervenção /itisconsorcial voluntária, em razão da proteção ao direito fundamental à igualdade e à efetividade.191

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho considera possível a intervenção, desde que se preencham dois requisitos, de modo a evitar a burla à garantia do juiz natural: a)

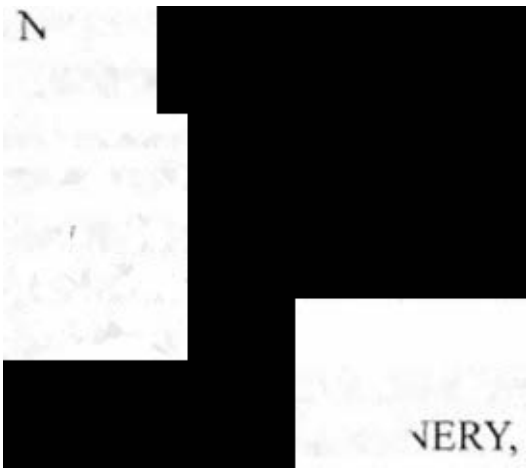
"depois de ajuizada mais de uma ação sobre o tema, a alternativa entre intervir neste ou naquele processo, perante este ou aquele juízo, constitui escolha que transgride, em tese, o princípio do juiz natural, devendo o interessado sujeitar-se à distribuição e à sua própria sorte;" b) "após a concessão de medida liminar, mesmo havendo um único processo, não deve ser admitida, salvo casos excepcionalíssimos, a intervenção litisconsorcial voluntária".192

1 90. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Assistência e intervenção da União. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1 1 2-1 13; DfNAMARCO, Cândido. litisconsórcio. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 998, p. 335-343.

1 9 1 . Veja a lição de Cassio Scarpinella Bueno, comentando a situação de um

servidor público que pede para ingressar em mandado de segurança impetrado por outro, em cujo bojo foi concedida medida liminar: "Ao pretenso óbice do princípio do juiz natural deve-se sopesar o princípio da isonomia, que reclama solução idêntica para lodos os servidores públicos sujeitos à mesma situação deduzida em juízo, e o da efetividade da jurisdição, a reclamar, dentre outras providências, que o processo possa realizar o direito material no menor tempo e com o menor esforço possível". (BUENO, Cassio Scarpinella. Parles e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120.)

192. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Assistência e intervençcio da Unicio, cit., p. 1 1 3.



fREDIE DIDIER JR.

Esse posicionamento foi seguido pelo legislador no § 2° do art. 1 O da Lei n.

1 2 . 0 16/2009 (lei do mandado de segurança): "§ 2° O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial". Ou seja: antes do despacho inicial do juiz, normalmente aquele em que se examina o pedido de medida liminar, é possível a intervenção litisconsorcial voluntária.

Para Leonardo Greco, a garantia do juiz natural, usualmente apontada pela doutrina e pela jurisprudência como principal obstáculo à permissão da intervenção litisconsorcial voluntária, fica resguardada se autor e réu originários concordarem com o pedido de intervenção litisconsorcial voluntária, desde que feito até o saneamento (art. 264 do CPC). Como parte da premissa de que a garantia do juiz natural é "imposta em beneficio das partes", pode o réu dela abrir mão, bem como o autor pode aceitar litigar com um litisconsorte simples193.

13.4. I ntervenção do amicus curiae19[illegible]

13.4.J. Noção e hipóteses

É o amicus curiae195 verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado196 ou requerida pelo próprio amicus curiae, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

A primeira previsão de intervenção de amicus curiae no direito brasileiro deu-se

por ocasião da Lei Federal n. 6.385/76, que no art. 3 1 impôs a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) nos processos que discutam matéria objeto da competência desta autarquia. O art. 89 da Lei Federal n. 8.884/94 (Lei Antitruste) também impunha a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nos processos em que se discutam questões relacionadas ao direito da concorrência - essa norma foi confirmada no ait. 1 1 8 da Lei n. 1 2.529/20 1 1 , que é o dispositivo atualmente e m vigor.

Nestes dois casos, o legislador, reconhecendo as dificuldades técnicas dessas causas, determinou a intervenção do amicus curiae e ainda indicou quem exerceria as funções de auxiliar do magistrado. Com a edição das leis que regulamentam os processos de 1 93. GRECO, Leonardo. "Concurso e cumulaç�o de ações". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2007, n. 147, p. 24.

1 94. Sobre o amicus curiae, indispensável a leitura do monumental trabalho de BUENO, Cassio Scarpínella.

Amicus curiae 110 processo civil brasilei1v: 11111 terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

195. Tratando do amicus curiae nos processos de conlrole concentrado de constitucionalidade, assim se manifestam Nelson ery Jr. e Rosa 1ery: .. Amicus curiae. O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa tisica ou jurídica, professor de direito, associação civi.I, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta. Trata-se da figura do amicus curiae, originária do direito anglo-saxão. No direito norte-americano, há a inteí\ ção por consenso entre as partes ou por pennissão da Cone". (NERY

J r., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Come111ado e legislaç<io processual civil extravagante em vigoi: São Paulo: RT, 2001, p. 1 .600).

1 96. Sobre a possibilidade de determinação pelo relator da manifestação do a111ic11s curiae. valendo-se da nom1a do an. 9º, § 1°, Lei n. 9.868/1 999, ERY JR., Nelson e

Rosa. Código de Processo Civil Co111e111ado

e legislação processual civil extravagante em vigo1: São Paulo: RT, 2001, p. 1

.600.

442



controle concentrado de constitucionalidade, a intervenção do amicus curiae aprimorou

-se: não mais se identifica previamente quem deva ser o auxiliar (que pode ser

qualquer um, pessoa física ou jurídica, desde que tenha representatividade e possa contribuir para a solução da causa) e se permite a intervenção espontânea do amicus curiae até

-

então a intervenção era sempre provocada. Também se admite a intervenção de amicus curiae no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (art. 482, § § 1 º, 2° e 3°, do CPC), no incidente de análise do recurso extraordinário por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§ 6º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 1 1 .4 1 8/2006), no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional (art. 3°, § 2°, da Lei Federal n. 1 1 .4 1 7 /2006), no incidente de j ulgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos (543-C, § § 3° e 4°, CPC). Eis os principais casos de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro.197

A intervenção do "amigo do tribunal" serve, nestes casos, para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal "pleno conheci mento de todas as suas implicações ou repercussões"198 dos seus julgamentos. A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida/mani festação do amicus curiae é uma das manifestações desta adequação; sobretudo uma especialização procedimental, que se não confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo.

"A intervenção do amicus curiae no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Haberle em sua sociedade aberta cios intérpretes da constituição".19'>

O próprio étimo da expressão - amigo da cúria, ao pé-da-letra;ji-iend of court, para os americanos -já revela que se está diante de um auxiliar do juízo (do tribunal)200. Não é o amicus curiae um postulante, parte do processo com interesse específico em determinado 1 97. No célebre julgamento do Habeas Corpus n. 82424, cm que se delineou o alcance do crime de racismo, previsto constitucionalmente, o STF admitiu a intervenção de amicus curiae, o Prof. Celso Lafer, a despeito da existência de regra expressa no processo penal neste

sentido. Trata-se de julgamento também por este aspecto hisJórico, pois serve de paradigma para que se permita a intervenção deste auxiliar sempre a que a relevância da causa assim impuser.

198. MENDES, Gil mar Ferreira. Lei 9868199: processo ej11lga111e1110 da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://

www l .jus.com.br/doutrina/tcxto.asp?id=l 30>. Acesso em: 02. 1 1 .200 1 .

199. CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo d e controle abstrato d e constitucionalidade - a intervenção do particular, dn colegitimado e do amicus curiae na ADIN, ADC e ADPF". Aspectos polêmicos e a111ais sobre os terceiros no processo civil e assuntos qfins. Fredic Didier Jr. e Teresa Arnida Alvim Warnbier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 1 65.

200. Neste sentido, também, AGUIAR, Mirella de C.1rvalho. Amicus curiae. Salvador: Edições J11sPodivm, 2005, p. 56-60. Trata-se de livro que merece ser consultado.

REGIMEN

N

resultado para o julgamento, o que não quer dizer que não possa ele, em determinadas situações, atuar com certa carga de parcialidade.

É possível que, em processo de controle concentrado, uma associação solicite

seu ingresso na condição de amicus curiae, defendendo uma determinada "tese" acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo, em prol da comunidade cujos interesses diuturnamente representa. É possível, inclusive, que se tenha, em juízo, mais de uma entidade com "teses" distintas ou opostas, sustentando, cada uma, seu posicionamento. Basta pensar na intervenção de uma associação para defesa dos direitos da população afro-brasileira, para abordar questão relativa ao sistema de cotas; ou de uma entidade para preservação da história e cultura dos judeus para definir se o crime racismo abrange o anti-semitismo. A verdade é que, parcial ou não o a111icus curiae, às suas considerações dará o magistrado o peso que a sua convicção determinar ("The coun may give the arguments in the amicus curiae briefas much or as lirtle weight as it chooses").

Já que não ingressa como parte, não se pode equiparar, portanto, a intervenção do amicus curiae com a intervenção de terceiro: seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente.201•202 Não obstante isso, costuma-se examinar a intervenção do amicus curiae como se fosse espécie de intervenção de terceiro.

O amicus curiae compõe, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, o quadro dos sujeitos processuais. Trata-se de outra espécie, distinta das demais, porquanto sua função seja de auxílio em questões técnico-jurídicas.

Municia o magistrado com elementos mais consistentes para que melhor possa aplicar o direito ao caso concreto. Auxilia-o na tarefa hermenêutica. Esta última característica o distingue dos peritos, uma vez que esses têm a função clara de servir como instrumento de prova, e, pois, de averiguação do substrato fáctico.203 Não se cogitam honorários, nem há grandes incidentes em sua atuação, tendo em vista que, normalmente, ela se dá por provocação do magistrado.

20 1 . "AÇÃO DIRETA DE fNCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÂO ASSISTENCIAL. IMPOSSIBI

LIDADE. ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMEN

TAIS. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. IRRECORRIBILIDADE. AGRAVO

TAL

ÃO CONHECI DO. - O processo de conlrole nonnativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. - Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (a111ic11s curiae): situação que não configura, tecnicamente. hipótese de intervenção ad coaclj11vand11111'·. (STF, AGRA D! 748-RS, rei. M in. Celso de Mcllo, j. O 1 .08.1 994, DJ 1 8. 1 1 . 1 994. p. 3 1 392).

202. Carlos Dei Pra, em belíssimo trabalho. entende tratar-se a intervenção espontânea do a111ic11s curiae caso especial de intervenção de terceiro Entende que se a intervenção se der por provocação do magistrado, o caso se assemelharia à intervenção de um auxiliar do juízo. ("Breves considerações sobre o a111ic11s curiae na ADIN e sua legitimidade recursar·. Aspectos polê111icos e atuais sobre os terceiros 110 processo civil e assuntos afins. Frcdie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 62.

203. Há, ainda, outros elementos de distinção: a) a sua intervenção pode dar-se a pa11ir de sua solicitação: b) não se submete a exceção de suspeição ou impedimento: e) não tem direito a honorários profissionais; d) não tem prazo para entregar laudo (na verdade, o a111ic11s curiae entrega os memoriais).

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Distingue-se da função de custos legis na medida em que (1), em regra, sua intervenção não é obrigatória, (2) não atua como fiscal da qualidade das decisões, e sim mero auxil iar, e (3) pode atuar em lides que não envolvam direitos indisponíveis. A marca de sua intervenção é a pendência de demandas que envolvam conhecimentos técnico-jurídicos bastante especializados (ações que digam respeito a questões do direito da concorrência, p. ex.), ou tenham alta relevância política (p. ex.: ações de controle abstrato da constitucionalidade).

O amicus curiae também não é terceiro, pela simples circunstância de estar atuando no processo.

Chega-se, a paitir do quadro traçado, à seguinte conclusão: a possibilidade de interven

ção do amicus curiae justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional; reconhece-se que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional.

No particular dos processos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, assim se manifestou o M in. do STF Celso de Mel lo, cuja decisão serve, desde então, como parâmetro j urisprudencial acerca da intervenção do amicus curiae:

"Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 1 55/1 55 - RDA 1 57/266 - ADI 575-Pl (AgRg), Rei. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). A Lei n°9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que 'Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade' (art. 7", caput). A razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, 'Controle de Constitucionalidade', p. 2 1 6/2 1 7 , 1 999, RT; ZENO VELOSO, 'Controle Jurisdicional d e Constin1cionaliclade', p . 88, item n. 96, 1 999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 5 7 1 , 6° ed., 1 999, Atlas, v.g.) - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ

1 1 3/22 - RT J 1 3 1 1 1 00 1 - RT J 1 36/467 - RT J 1 64/506-507). Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a perm itir o ingresso ele entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade. A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: 'O relator,

considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.' (grifei) No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato ele constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7°, § 2°, ela Lei nº 9.868/99, a figura do amicus c11riae, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A regra inscrita no 445



art. 7º, § 2° da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do wnicus curiae - tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. É

certo que, embora inovadora em Lema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal pertinente ao ingresso formal do amicus curiae já se achava contemplada, desde 1 976, no art. 3 1 da Lei nº 6.385, de 07/ 1 2/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do amicus curiae, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio. Na verdade, consoante ressalta Paolo Bianchi, em estudo sobre o tema ('Un'Amicizia lnteressata: L'amicus curiae Davanti Alia Corte Suprema Degli Stati Uniti', in 'Giurisprudenza Costituzionale', Fase. 6, nov/dez de 1 995, Ano XI, Giuffré), a admissão do terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação 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".2°"

Se se trata de uma intervenção para ajudar o magistrado, por que, então, proibir-se que essa ajuda se dê oralmente? Por que restringir esse auxílio à entrega de memoriais, à semelhança do que já fazem, há mui1o tempo, os peritos?2º5

13.4.2. Poderes processuais do amicus curiae

Os poderes processuais do amicus curiae foram muito bem examinados pelo

Min.

Celso de Mello - que os amplia consideravelmente, revendo anterior posicionamento - na mesma ADTN 2 . 1 30-SC:

" ... entendo que a atuação processual do a111ic11s curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Assim permitindo. o STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, como. sobretudo, valorizará, sob perspectiva 204. Duas regras do direito nonc-amcricano são muito importantes para a compreensão da figura do a111ic11s curiae, originária do direito anglo-saxão: a regra n.º 37, das Rufes aft/ie S11pre111e Court o/The U. S, e a rci,'TII n.0 29. das Federal Rufes of Appellate Procedure (FRAP).

205. Relembre-se, porém, que até me•,n10 em relação à perícia, admite-se que ela se resuma a esclarecimentos orais apresentados pelo perito em audiência (arl. 42 1 . § 2°, CPC).

eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.'"º6

Também admitem amplos poderes processuais ao amicus curiae, inclusive com a

possibilidade de sustentação oral, Nelson Nery Jr.207 e Carlos Dei Prá.208 Entendemos, porém, que não tem o amicus curiae legitimidade recursal.209

O Supremo Tribunal Federal não admitia a sustentação oral do amicus curiae. Não se j ustificavam as suas razões.

Em primeiro lugar, o § 2° do art. 7° da Lei Federal 9.868/99, fonte normativa para a intervenção do "amigo", não estabelece forma para a sua manifestação. Não havendo previsão legal a respeito, o ato processual (manifestação) pode ser efetivado por qualquer forma (oral ou escrita), desde que atinja a finalidade (que, no caso, é a de ajudar o tribunal no julgamento). Vale, pois, a regra do art. 1 54 do CPC.210

Em segundo lugar, a permissão de sustentação oral conferida aos representantes judiciais da requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato (art. 1 O, § 2°, Lei Federal n. 9.868/99) não pode servir como argumento de que, ipsofacto, fica proibida a manifestação oral deste especial auxiliar do juízo. Não há qualquer nexo entre a permissão, para uns, e a proibição, para o outro. Parece que a sustentação oral é algo esdrúxulo, excepcional, que somente pode ser permitido em situações de absoluta necessidade. Estranho isso; notadamente quando se sabe que as decisões colegiadas normalmente dão ensejo a calorosos debates orais, cujas armas de convicção, certamente, não ficam restritas à palavra escrita, e cujo inteiro teor, quase sempre, não é reduzido a tenno. Ora, é da própria natureza dos julgamentos colegiados o manejo da palavra falada.

206. STF, ADIN (MC) 2 1 3 0-SC, rei. Min. Celso de Mcllo, j. 20.12.2000, DJU 2.2.200 1 .

207. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil erlravagante em vigo1: 6 cd. São Paulo: RT, 2002, p. 1 .408.

208. "O amic11s c11riae e a assistência nas ações coletivas: a ampliação do debate como fonna de participação democrática". Artigo inédito gentilmente cedido pelo autor

209. DIDIER Jr., Fredie. Rewrso de terceiro. São Paulo: RT, 2002, p. 1 57. Em sentido diverso, admitindo a legitimidade recursai do a111ic11·· curiae para impugnar a que decisão nilo admite a sua intervenção, PRÁ, Carlos Dei. "Breves

considerações sobre o amicus curiae na ADIN e sua legitimidade recursai". Aspectos polêmicos e aluais sobre os lerceiros 110 processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier(coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 74-76; CUNHA Jr., Dirley da. "A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do pa1ticular, do colegitimado e do a111ic11s c11riae na ADIN, ADC e ADPF". Aspectos polémicos e at11ais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Frcdie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p.

165; AGUIAR, Mirella de Carvalho. Amic11s c11riae, p. 1 8 .

2 1 O. Art. 1 5 4 do CPC. "Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial".

fREDIE DIDIER JR.

Em terceiro l ugar, também não se pode dizer que a concessão da palavra prejudicará a celeridade do julgamento. A propósito, Nelson Nery Jr.:

"De outra parte é insignificante, para a duração do processo da ação direta, destinar o tempo de quinze minutos regimentais (RJSTF 1 32 caput) à sustentação oral do amicus curiae. A permissão para esse interveniente apresentar sustentação oral colabora mais para o beneficio do que para o custo".21 1

Se a sustentação oral serve ao esclarecimento dos magistrados;212 se o julgamento colegiado caracteriza-se pelos debates orais; se a participação do amicus curiae no processo é um fator de aprimoramento da tutela jurisdicional,213 pois atua como um auxiliar do juízo, não há nenhum sentido na proibição que esse auxílio se dê pela via da palavra falada.

O STF reviu o seu posicionamento anterior, permitindo a sustentação oral do amicus curiae (ADI 2675/PE, rei. Mio. Carlos Velloso e ADL 2777/SP, rei. Min. Cezar Peluso, j.

26 e 27. 1 1 .2003.).214 A Corte Especial do STJ decidiu, em 1 7.08.201 1 , que o amicus curiae não tem direito à sustentação oral (http://www.stj .gov.br/portal_stj/publicacao/ engine.

wsp?tmp.area=398&tmp.texto= l 0290 1).

13.5. A nova intervenção de terceiro na ação de alimentos (art. 1 .698 do CC-2002) O art. l .698 trouxe inovação sem precedente no direito processual civil brasileiro: criou hipótese de intervenção de terceiro. Ei-lo: "Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

2 1 1 . NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagame em vigor. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1 .41 O.

212. Imperdível, porém, o ensaio/crônica de José Carlos Barbosa Moreira: "A sustentação oral das razões destina-se, obviamente, a influir nos votos, e sem dúvida é suscetível de fazê-lo: menos, em regra, quanto ao relator e, se houver, ao revisor, que se presume hajam examinado com atenção a causa e formado convencimento antes de virem para a sessão; mais, com referência aos juízes que não tiveram contacto direto com os autos. É evidente que muno vai depender das qualidades pessoais do profissional: há sustentações orais que praticamente determinam a sorte do pleito - nem sempre, registre-se, no sentido visado por quem as faz ... " (MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado". Temas de direito processual - sexta

série. São Paulo: Saraiva, 1 996, p. 1 67).

213. Bem o disse o Min. Milton Luiz Pereira: "No mais, o amic11s c11riae é voluntário partícipe na construção de assentamentos judiciais para o ideal tle pretendida ·sociedade justa· ... " ("Amic11s curiae - intervenção de terceiros". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 44).

214. Essa mudança de posicionamento gerou a Emenda Regimental n. 15/2004, que acrescentou o § 3º ao art.

1 3 1 do R.ISTF: "§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do §

2º do artigo 132 deste Regimento."

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A análise deste novo instituto parte de algumas premissas - a despeito do acerto ou desacerto da conclusão, pretende-se que ela seja coerente com os fundamentos que passam a ser desenvolvidos: a) trata-se de instituto criado para ajudar o credor de dívida al imentar - autor, portanto, da ação de alimentos; b) é modalidade interventiva nova: não se deve tentar "enquadrá-la" em nenhuma das espécies de intervenção de terceiro até então existentes; e) é modalidade de intervenção coacta, pois o terceiro ingressa no processo por provocação de uma das partes; d) a obrigação al imentar não é solidária.

Cabem, inicialmente, algumas palavras sobre a ausência de solidariedade na obrigação alimentar.215 Não é possível exigir-se o pagamento de toda a dívida a limentar de um dos devedores. Cada obrigado deve responder de acordo com as suas possibilidades, o que pode gerar uma participação desigual. Não há uma obrigação divisível entre os devedores, mas tantas obrigações quantas sejam as pessoas envolvidas. Cada quota constitui dívida distinta. Tanto é verdade que se um dos devedores cumpre a sua obrigação, nos l imites da sua possibilidade, não pode voltar-se, regressivamente, contra os outros.216 Há um concurso de direitos. "Dependendo da situação de fato, a pensão poderá ser igualmente repartida entre os devedores, ou mesmo poderá ser suportada exclusivamente por um deles; pois, se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo".21 7

Expliquemos a situação imaginada pelo legislador. João, filho de José, não pode pretender alimentos em face deste, pois seu pai não se mostra capaz economicamente de cumprir o dever. Dispõe o art. 1 .698, baseado no art. 1 .697, que, nessas situações, serão chamados a responder os parentes de grau imediato, no caso, os avôs e avós; não existindo eles, os descendentes; se não houver, os irmãos. Até aí, nada demais: nenhuma inovação de relevo foi criada, pois já se dizia isso no arl. 398 do CC- 1 9 1 6; esclarece-se, tão-somente, que os devedores subsidiários concorreram ao pagamento da dívida alimentar na proporção dos seus respectivos recursos. A novidade está na terceira e última parte do art. 1 .698: intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar o processo. Observe que o art. 1 .698 somente menciona os alimentos devidos entre parentes, não cuidando dos al imentos entre cônjuges e companheiros (art. 1 .694 do CC-2002).218

Eis a intervenção de terceiro ou terceiros de que cuida o art. 1 .698 do CC-2002.

2 1 5 . A divergência era grande sobre o tema. No entanto, segundo YusscfSaid Cahali, atualmente já se firmou na doutrina esta conclusão (Dos alimentos. 3 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 1 52). É muito proveitosa a consulta desta obra, que traz amplas referências doutrinárias nacionais e estrangeiras.

2 1 6. Todas estas informações foram tiradas de CAHA LI, Yussef Said. Dos a/i111e11tos. 3 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 1 52- 1 6 1 .

2 1 7. CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 3 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 1 60.

2 1 8. CAHALI, YusscfSaid. Dos alimentos, p. 1 67.

É necessário, então, responder às seguintes perguntas: a) quem provoca a

intervenção?; b) há ampliação objetiva do processo, com a inclusão de nova demanda em face destes devedores agora chamados?; c) qual a situação jurídica processual deste chamado?; d) até que momento é possível chamar-se este(s) terceiro(s)?

Inicialmente, cumpre afastar qualquer semelhança entre esta intervenção de terceiro e a denunciação da lide ou chamamento ao processo. Se não há possibilidade de direito de regresso, não se pode falar nem de denunciação da lide, que o tem corno pressuposto fundamental, nem de chamamento ao processo. Se não há solidariedade, também por isso a alusão ao chamamento não se justifica.219

O ingresso do terceiro, no particular, não traz qualquer beneficio ao réu - suposto devedor. Se ele é parente e tem condições de pagar, o magistrado fixará o valor da sua parcela de contribuição. Se houver outro devedor na mesma classe que também possua condições de arcar com a pensão (outro avô, p. ex.), esta circunstância será trazida como argumento de defesa e certamente será levada em consideração pelo magistrado no momento de fixar o valor devido pelo demandado. Caberá ao autor, na réplica, demonstrar que este outro devedor-comum não tem condições de pagar - exatamente por isso, a demanda fora dirigida apenas contra um dos devedores. Mas, e isso é fundamental, o devedor-réu somente pagará aquilo que ele puder. Se a pensão, a final definida, for insuficiente, poderá o credor-autor promover outra ação de alimentos em face, agora, daquele devedor-comum-terceiro.22º

O STJ decidiu, porém, que o art. 1 .698 autoriza que co-obrigados aos alimentos chamem ao processo outros co-obrigados que não haviam sido demandados: "STJ, 4" T., REsp n. 964.866/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 0 1 .03.20 1 1 , publicado no DJe de 1 1 .03.201 1 : PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RE

CURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHOS MAIORES E CAPAZES.

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. GENJTORA

QUE EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. CHAMAMENTO AO PRO

CESSO. ART. 1 .698 DO CÓDIGO CIVIL. INJCLATJVA DO DEMANDADO.

AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. RECURSO PROVIDO. 1 . A obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso de a genitora dos autores da ação de alimentos também exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada sua condição 2 19. Em sentido contrário, entendendo ser o caso de chamamento ao processo, ainda que um tanto diferenciado, BUENO, Cassio Scarpinella. Parles e terceiros 110 processo civil brasileiro, p. 284-292; THEODORO

Jr., Humberto. "O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual". Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: Editora J11sPO

DIVM, 2006, p. 139-141 .

220. "Em condições tais, se o aliment.ário exerce o seu direito apenas contra uma dentre as várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, arrisca-se, tal como no direito atual, a ver reconhecido o seu direito apenas em parte, na proporção dos recursos do demandado; sem que seja necessário, nesse caso, demonstrar-se que os demais obrigados estariam ou não em condições de concorrer igualmente para a prestação alimentar".

(CAHALI, Yussef Sai d. Dos alimentos, p. 1 69).

450

econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes. 2. Segtmdo a jurisprudência do STJ, "o demandado (...) terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras"

(REsp n. 658.1 39/RS, Quarta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ

de 1 3/3/2006.) 3. Não obstante se possa inferir do texto do art. 1 .698 do CC - norma de natureza especial - que o credor de alimentos detém a faculdade de ajuizar ação apenas contra um dos coobrigados, não há óbice legal a que o demandado exponha, circunstanciadamente, a arguição de não ser o único devedor e, por conseguinte, adote a iniciativa de chamamento de outro potencial devedor para integrar a lide".

Aqui se visualiza a importância do art. 1 .698 do CC-2002. Ao que parece, este artigo autoriza a formação de um litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples, por provocação do autor. O autor, que originariamente optou por não demandar contra determinado devedor-comum, após a mani festação do réu, ou, a despeito dela, em razão de fato superveniente percebe a possibil idade/utilidade de trazer ao processo o outro

,

devedor-comum, para que o magistrado também certifique a sua pretensão contra ele, tudo isso em uma mesma relação jurídica processual. Mas este chamamento é feito pelo autor, até porque se trata de formulação de um novo pedido em face deste novo réu -

cumulação objetiva e subjetiva ulterior. Dispensa-se a concordância do réu-originário (art. 264 do CPC-73) tendo em vista que a inovação objetiva não lhe diz respeito. É

,

hipótese de intervenção 1 itisconsorcial (l itisconsórcio ulterior) provocada. A novidade é que, pelo regime do CPC-73 essa intervenção não seria possível - já que se impõe a estabilização subjetiva do processo após a citação (art. 264) e não se prevê hipótese de intervenção de terceiro que sirva a esses propósitos. É inovação alvissareira.221

Note que o art. 1 .698 afirma que os demais devedores poderão ser chamados, não dizendo quem providenciará este chamamento. A utilização do verbo "chamar"

certamente leva os doutrinadores a relacionar este instituto com o chamamento ao processo, que é intervenção de terceiro provocada pelo réu. É exatamente isso o que queremos evitar. Não temos dúvida em afirmar que este é o ponto-chave

para a compreensão deste art. 1 .698.

É razoável conferir ao Ministério Público, quando intervier na ação de alimentos (art.

82, 1, CPC-73), a legitim idade para requerer a inclusão deste terceiro no polo passivo da demanda, tendo em vista a sua condição ele assistente diferenciado.

22 1 . Adotaram o nosso posicionamento, expressamente, GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p 455-456; GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substitwo process11al no processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49, nota 54; SILVA, Nelson Finotti. "A intervenção de terceiros sob a luz cio art. 1 .698 do Novo CC e o Estatuto cio Idoso".

Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 1 1 9, p. 292; CARVALHO Jr., Pedro Lino. "Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso". Leituras co111ple111e11tares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora J11sPODIVM, 2007, p. 293.



NHO,

FREDIE DIDIER JR.

Não se poderia imaginar que o réu (devedor comum inicialmente citado) pudesse trazer ao processo um terceiro em face de quem o autor, e não ele, deveria propor a demanda. É situação, no mínimo, esdrúxula: o réu seria substituto processual do autor, aditando a petição inicial, mesmo contra a sua vontade.222 E se o autor, realmente, não quiser demandar contra este devedor-comum? Seria

obrigado a isso? Como se disse, esta norma veio ajudar o credor da pensão alimentar, e não prejudicá-lo ou criar-lhe embaraços.

Em razão da necessidade de estabilização objetiva e subjetiva do processo, esta intervenção somente poderia ocorrer até o saneamento do processo - como de regra ocorre com as modalidades de intervenção de terceiro. D iscorda-se, no particu lar, de Yussef Said Cahali, que defende que esta intervenção de terceiro se opera por provocação do réu. O próprio jurista, entretanto, afinna que seria uma intervenção em beneficio do autor, "a fim de possibilitar a este exigir conjuntamente de todas as pessoas obrigadas a prestar alimentos o cumprimento da totalidade do encargo, concorrendo qual na proporção dos respectivos recursos".223

Nada impede, contudo, que o alimentando proponha de logo a demanda em face de todos os devedores-comuns que estejam no mesmo grau, em litisconsórcio facultativo simples - a sentença fixará a proporção com que cada um dos obrigados deverá concorrer. É possível, até mesmo, a propositura de demanda em face de devedores que estejam em graus diversos (mãe e avó, p. ex; arts. 1 .696 e 1 .697 do CC-2002), valendo-se o autor do instituto do litisconsórcio facultativo eventual.224 Neste caso, na sentença o juiz verificará primeiro a existência da obrigação do obrigado principal; se não lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação alimentícia, o magistrado avançará e certificará a existência da obrigação em face do devedor subsidiário; se já lhe for imputado o dever de pagar toda a obrigação, ficará o juiz dispensado de examinar o pedido eventual de condenação do obrigado subsidiário, eis que se tornou desnecessário.

Uma última observação se impõe.

222. Cassio Scarpinclla Bueno, não obstante defenda que se trata de chamamento ao processo, também visualizou este fenômeno: "Em última análise - embora por iniciativa do réu - serão introduzidas no processo (que mantém-se uno) outras relações de direito material (ampliação objetiva da demanda), cada uma entre o alimentando e um coobrigado. provável alimentante, que poderão, redundar. em um leque maior de 'opção'

de efetivação da sentença em seu favor"·. (Panes e 1erceiros 110 processo civil brasileiro, p. 286).

223. CAHALI, Yussef Said. Dos atimemos, p. 1 7 1 . Pontes de Miranda seguiu

trilha parecida: "O réu pode pedir a citação dos outros devedores, ou deixar que a ação prossiga, ficando a ação de reembolso contra os outros, se for o caso"; sucede que ele próprio afirma: "Se há dois ou mais devedores cio mesmo grau, podem ser demandados alguns ou todos, ou um só. (...) Cada obrigado pode exigir que se lhe determine a quota'". (Tra1ado de direi lo privar/o. 4 ed. São Paulo: Saraiva, J 983, l. 9, § 1 .0 0 1 , p. 2 2 1).

224. Aderiu a este posicionamento, GODI

Robson Renault. O Mi11is1ério Público como s11bsti1wo processual 110 processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 50.



Modalidade	
[redacted]	

	01			

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 1 O.741/2003) inovou no tratamento da obrigação alimentar, prevendo, no art. 12, a solidariedade da obrigação alimentar em favor de idoso. A regra é esdrúxula e foge à tradição ele a obrigação alimentar ser devida nos limites da capacidade econômica do devedor. Acaso a regra seja i nterpretada literalmente (o que não nos parece correto),225 é possível dizer que, na ação de alimentos cujo autor é idoso, admitem-se tanto a i ntervenção por provocação do demandante, ora comentada, como, também, o chamamento ao processo, em razão do vínculo de solidariedade que une o devedor-demandado e outro co-devedor, em face de quem a demanda não foi inicialmente formulada.

14. QUADROS SINÓTlCOS

interventiva

Palavras-chave

Assistência

I nteresse jurídico

Chamamento ao processo

Solidariedade passiva

Denunciação da lide

Direito de regresso ou garantia

Nomeação à autoria

Correção de legitimidade passiva

Oposição

Pretensão autônoma e incompatível.

Relação entre o terceiro

Relações

Ampliação objetiva

Modalidade

e o adversário

Ampliação

de direito

do processo (nova

interventiva

do responsável

subjetiva

material

pretensão formulada)

pelo seu ingresso

Nomeação à

Sim (somente ele tem)

Não

Não

autoria

Denunciação

02

Não

Sim

Sim

da lide

Chamamento

0 1

Sim (ele tem também)

Sim

Não

ao processo

225. "Como a obrigação alimentar é intrinsecamente incompatível com a solidariedade, já que cada devedor só responde na medida de sua possibilidade. tanto assim que não há direito de regresso entre coobrigados, a previsão do Estatuto do Idoso só pode significar a possibilidade de a ação ser ajuizada simultaneamente contra lodos os coobrigados, garantindo maior êxito no recebimento de alimentos condizentes com sua necessidade". (GODINHO, Robson Rcnault. O Minisrério Público como subsrituto processual 110

processo civil, cit., p. 50).

453

CAPÍTULO XIV

ALIENAÇÃO DA COISA OU DO DIREITO LITIGIOSO

Permite-se que, na pendência do processo, uma das partes aliene, a título particular, a coisa ou o direito litigioso (objeto da controvérsia) a um terceiro1• Essa alienação, negócio jurídico de d ireito material, é válida e eficaz em relação aos seus participantes.

Esse capítulo é destinado a examinar quais são os reflexos deste negócio jurídico

na relação jurídica processual, demonstrando de que modo o Direito Processual cuidou de harmonizar essa situação.

À primeira vista, pode parecer estranha a permissão de transmissão de coisa ou de direito litigioso. Sucede que essa permissão possui vários fundamentos.

Por exemplo, se não fosse possível negociar "direitos litigiosos", o tráfego jurídico ficaria sensivelmente engessado. Bastaria que alguém propusesse uma demanda para discutir a titularidade de determ inada coisa para que ela saísse do comércio jurídico, por mais infundada que fosse a sua pretensão. Ademais, é preciso proteger os interesses do transmitente: "Apesar de o direito litigioso ou contestado ter um valor económico inferior a um outro, de conteúdo idêntico, mas não contestado judicialmente, nada obsta a que aquela situação jurídica seja transaccionada. Deste modo, pode existir um interesse legítimo e sério na transmissão de um direito 1 itigioso. Ora, este interesse merece protecção, pelo que os ordenamentos processuais instituem, não uma proibição, mas uma permissão de transmissão, tutelando-se, deste modo, tanto o interesse do transmitente, como os interesses do tráfego jurídico"2•

Basta lembrar das diversas aquisições de instituições bancárias por outras de maior porte: ao "comprar" uma outra instituição financeira, o banco adquirente assume a titularidade de todos os direitos litigiosos e, do mesmo modo, das situações jurídicas passivas l itigiosas ("débitos litigiosos"). É por isso que o banco adquirente assume a posição processual do banco "adquirido".

A litispendência é pressuposto para a ocorrência de uma al ienação da coisa ou do direito litigioso. Consoante será visto no capítulo sobre a citação, a coisa/direito torna

-se litigioso a partir da litispendência (existência do processo). Para o demandante, a litispendência se inicia com a propositura da ação (art. 263 do CPC). Para o réu, com a citação (art. 219 do CPC)3. Não é totalmente correto, portanto, dizer que é a citação que torna litigiosa a coisa; isso apenas vale para o réu.

1 . Sobre as teorias acerca do conceito do direito litigioso, conferir o primoroso trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Alienação da coisa litigiosa. 2•. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 07-68.

2. SILVA, Paula Costa e. A transmissão da coisa 011 direito em litígio.

Contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 93.

3. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 101-102.

455

S

Sucede que como se trata de transferência de coisa/direito litigioso, é possível que, terminado o processo, a parte adversária da alienante seja a vitoriosa. Embora, do ponto de vista do direito material, o objeto tenha sido transferido, essa sucessão material se deu na pendência de um processo em que se discutia exatamente a titularidade do bem transferido.

l preciso, então, verificar em que medida esse negócio jurídico repercute no processo pendente.

Para compreender o fenômeno, é interessante trabalhar com um exemplo: "A"

demanda contra "B", disputando a titularidade da coisa "X"; "B" al iena a "C", a título particular, a coisa litigiosa. "N' erá chamado, a partir de agora, de adversário; "B", de alienante/cedente; "C", de adquirente/cessionário.

A primeira observação a ser feita é a seguinte: a al ienação, embora válida e eficaz para as partes do negócio ("B" e "C"), é ineficaz em relação a "A". Assim, "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário" (§ 3º do art. 42 do CPC). Em razão disso, se "A" (adversário) for o vencedor do processo, poderá buscar a coisa/direito de "C". A coisa julgada, como se vê, repercute na esfera jurídica do adquirente, mesmo sendo ele um terceiro (excepciona-se, aqui, a regra do art. 472 do CPC, que restringe a eficácia subjetiva da coisa julgada às partes processuais).

O fundamento da extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente/cessionário, mesmo que não tenha intervindo no processo, é exatamente a legitimação extraordinária atribuída ao alie11a11te/cede111e. Como se viu no capítulo sobre a teoria da ação, a coisa julgada proveniente de um processo conduzido pelo substituto processual vincula o substituído:' Esse é mais um caso que corrobora essa regra.

Não se deve ignorar, porém, que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida, embora o § 3° do art. 42 não mencione o assunto. Mas, ao menos em relação à aquisi

ção de imóvel litigioso é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a pendência da "ação

,

real imobiliária" não tiver sido averbada na matrícula do imóvel, como determina o art. 167, l, n. 2 1 , da Lei 6.015/1973. Neste caso, não parece ser possível a extensão da coisa j ulgada ao terceiro, que, diante de um registro imobiliário em que não há a notícia da pendência da ação real, não pode l;er surpreendido, sob pena de ignorarmos a necessária proteção da confiança no comércio juríd ico5• O direito material, a quem cabe reger a hipótese,6 parece exigir, para a incidência do § 3º do art. 42 do CPC, o conhecimento 4. "Assim, a regra da vinculação do transmissário aos efeitos da sentença ... permite atribuir coerência a uma situação processual verdadeiramente peculiar". (SILVA, Paula Costa e. A transmissão da coisa 011

direito em litígio. Contrib1110 para a estudo da s11bstit11içtio processual. Coimbra: Coimbra Editora, 1 992, p. 280).

5. Ponderando sobre o assunto, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da pane diante do Novo Código Civil". leituras co111pleme11tares de Processo civil. 5• ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 256-257.

6. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed., cit., p. 249-250.

pelo terceiro adquirente da litispendência. Bem a propósito é a redação do n. 3 do art.

271º do CPC de Portugal: "3. A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção". Se, porém, a averbação tiver sido feita, há presunção absoluta de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da l itigiosidade da coisa.

Note que, a partir da alienação, o alienante/cedente permanecerá no processo discutindo, em nome próprio, interesse alheio. A coisa ou o direito, agora, pertence ao adquirente/

cessionário. Após a alienação da coisa ou do direito litigioso, a parte alienante passa a ser legitimada extraordinária, substituta processual do adquirente/cessionário. É um caso de legitimação extraordinária/substituição processual superveniente.7

O caput do art. 42 do CPC prescreve que "alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre v ivos, não altera a legitimidade das partes".

É preciso compreender o texto corretamente: significa que, com a ai ienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, o alienante/cedente permanece com legitimidade ad causam; não será, em razão da sucessão no direito litigioso, parte ilegítima. A espécie de legitimação, porém, é outra, pois, estando em juízo defendendo direito de terceiro, deixa de ser legitimado ordinário (discutindo em nome próprio direito próprio) e passa a ser substituto processual do adquirente/cessionário. Essa transformação do tipo de legitimidade do alienante/cedente é o primeiro efeito processual da alienação da coisa ou do direito litigioso. Não é correto, portanto, dizer que essa alienação é ineficaz para o processo, porquanto, como se vê, ela repercute juridicamente na relação processual, alterando a situação jurídica do alienante/cedente.

É possível, no entanto, que a sucessão no direito litigioso implique, também, uma sucessão processual.

O adquirente/cessionário pode suceder o alienante/cedente. "C" pode assumir a posição processual de "B", tornando-se, no exemplo sugerido, réu. Nesse caso, "B" sairia do processo. É ônus de "C" formular esse pedido de sucessão (por analogia, aplica-se o art. 5 1 do CPC), que poderá ocorrer a qualquer tempo no processo.8 Com a sucessão, o adquirente/cessionário assume o processo no estado em que se encontra, podendo aproveitar apenas as "oportunidades processuais em relação às quais não se tenha 7. Sobre o tema, amplamente, SILVA, Paula Costa e. A transmissão da coisa 011 direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, especialmente as p. 303-308. Ainda neste sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'.

ed., cit., p. 196-197; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil".

Leituras complementares de Processo civil. 5" ed. Salvador: Editora JusPODTYM, 2007, p. 255; NERY

Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217.

8. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 183.

FREOU! DIDIER JR.

operado a preclusão, beneficiando-se, por outro lado, das que tenham sido exercidas pelo antecessor"9.

Para que a sucessão ocorra, porém, é preciso que "/>;' consinta com a sucessão processual. Perceba que "A" (adversário) nada pode fazer em relação à sucessão no plano do direito material, mas, em relação ao processo, a alteração subjetiva somente acontece com a sua aceitação. É isso o que está disposto no § 1° do art. 42 do CPC: "O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo,

substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária"1<1• A recusa não pode ser imotivada; não se admite atuação processual sem interesse jurídico (art. 3°, CPC), que deve ser sempre avaliável pelojuiz11• Muito a propósito, também aqui, o n. 2 do art. 271 do CPC português: "2. A substituição é admitida quando a parte contrária esteja de acordo. Na falta de acordo, só deve recusar-se a substituição quando se entenda que a transmissão foi efectuada para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte contrária". O consentimento pode ser tácito, apl icando-se, no particular, a regra do art. 1 1 1 do Código Civil12, se o caso envolver direitos disponíveis.

"B" pode optar por ficar no processo na qualidade de assistente simples de "C",já que, por exemplo, no negócio jurídico por eles firmado, pode ter ficado estabelecido dever de "B" indenizar "C" em caso de derrota para "A" 13•

Assim, para que haja a sucessão processual, é preciso o concurso de três vontades: do adquirente/cessionário, que pede a sucessão; do alienante/cedente, que prefere sair do processo; do adversário, que consente com a alteração subjetiva1•. Note, então, que a sucessão processual decorrente da transmissão do direito litigioso por ato inter vivos é um negócio jurídico processual.

Se, porém, o adversário não permitir a sucessão processual, "C" (adquirente/

cessionário) poderá intervir como assistente litisconsorcial de "B" (alienante/cedente), na forma do § 2° do art. 42 do CPC: "O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente". Note que se 9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alie11ação da coisa litigiosa. 2'. ed., cit., p. 204.

1 O. Para que não se confunda a sucessão processual com a substituição processual (legitimação extraordi11ária), convém que se leia, nesse parágrafo, "sucedendo o alienante", em vez de "substituindo o alienante".

1 1 . "São justos motivos para a recusa de pari.e do adversário: a inexistência ou falsidade do ato de transmissão; o se tratar de direito intransmissível, segundo o direito material; o perigo de não ser possível obter do sucessor o reembolso das despesas processuais e o pagamento da verba honorária decorrente da sucumbência; ou de modo geral, se a substituição vem agravar, de alguma maneira, a posição da parte contrária" (OLIVEIRA, Carlos Alherto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed., cit., p. 1 90.) 12. "Art. 1 1 1. O silêncio

importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Em sentido diverso, afirmando que, no caso, deve prevalecer, por analogia, o disposto no art. 299 do Código Civil, que, ao cuidar da assunção da dívida, exige consentimento expresso do credor, FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de foleeimento da parte diante do Novo Código Civil". Leituras complementares de Processo civil. 5' ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007, p. 254-255.

13. Assim, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa, 2'., cit., p. 187.

14. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed., cit., p. 188.

trata de assistência litisconsorcia/15, pois "C" estará em juízo defendendo o próprio interesse16, formando um litisconsórcio com o seu substituto processual (legitimado extraordinário). O assistente litisconsorcial é parte17• Conforme apontado no capítulo sobre teoria da ação, o litisconsórcio que se forma entre legitimado ordinário ("C") e legitimado extraordinário ("B") é unitário, pois ambos discutem uma única relação jurídica (a titularidade da coisa/direito "X"), que terá solução uni forme para ambos (ou "X" é de "A" ou de "C"). Sucede que o substituto processual, embora litisconsorte, não pode dispor do direito material

discutido, que não mais lhe pertence; não poderá, por exemplo, reconhecer a procedência do pedido, conduta determinante que somente pode ser praticada pelo adquirente/cessionário.

É preciso, ainda, fazer uma observação. A transmissão pode ser parcial. Se isso acontecer, o alienante/cedente pode permanecer no processo também na qual idade de legitimado ordinário, defendendo o seu próprio interesse, que ainda remanesce18•

Como se vê, a alienação da coisa ou do direito litigioso é um fato jurídico que pode gerar substituição processual superveniente, assistência litisconsorcial, assistência simples, sucessão processual e eficácia da coisa julgada em relação a terceiro. É, pois, instituto que somente pode ser bem compreendido se forem bem compreendidas as noções sobre legitimação extraord inária e intervenção ele terceiros, vistas em capítulos anteriores.

15. Assim, também, NERY Jr., Nelson, ERY, Rosa. Código de Processo Civil comemado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 217; FERREIRA, William Santos. "Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros dos sucessores no caso de falecimento da parte diante do Novo Código Civil".

lei1uras compleme111ares de Processo civil. S3 cd. Salvador: Editora JUS PODJVM, 2007, p. 259.

16. "O adquirente ou cessionário do direito controvertido é o lillilar da relação jurídica controvertida, cm um de seus polos. O seu interesse na solução do conflito é, assim, direto, e a sentença proferida entre as partes originárias produzirá em relação a ele coisa julgada material (art. 42, § 3°, CPC); há eficácia direta e não reflexa da sentença ... Após a alienação o que se discute no processo é a sua relação jurídica com a contraparte, porque o sucessor passa a ser o titular do direito litigioso". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa li1igiosa. 2'. ed., cit., p. 173).

17. Carlos Alberto AI varo de Oliveira afirma que a intervenção do adquirente/cessionário dá-se na qualidade de parte e não de terceiro, por isso repele a ideia de que se trata de assistência litisconsorcial. O autor parte do pressuposto de que parte é quem pede ou contra quem se pede algo. Não é, corno visto, o conceito de parte deste Curso. Assim, parece que a divergência entre a posição ora adotada e o pensamento do professor gaúcho é terminológica, pois,

de iodo rnodo, o adquirente/cessionário ingressará no processo, podendo exercer todos os poderes inerentes à qualidade de parte. (ver, a propósito, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. cd., cit., p. 168-180).

18. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. 2'. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 181.

CAPÍTULO XV

PETIÇÃO INICIAL

Sumário • 1. Petição inicial e demanda - 2. Requisitos - 3. Emenda da petição inicial - 4. indeferimento da petição inicial: 4. 1 . Considerações gerais; 4.2. Hipóteses de indeferimento - 5. Pedido: 5 . 1 . Conceito e divisão; 5.2. Requisitos; 5.3. Cumulação de pedidos: 5.3. 1 . Cumulação própria: simples ou sucessiva; 5.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa; 5.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior; 5.3.4. Requisitos para a cumulação; 5.4. Ampliação da demanda; 5.5. Redução da demanda; 5.6. Alteração objetiva da demanda; 5.7.

Espécies de pedido: 5.7.1 . Pedido genérico; 5.7.2. Pedido alternativo; 5.7.3. Pedido cominatório; 5.7.4. Pedido relativo a obrigação indivisível; 5.8. Interpretação do pedido e pedido implícito: 5.8. 1 . Interpretação da petição inicial. Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios; 5.8.2. Pedido implícito.

1 . PETIÇÃO INICIAL E DEMANDA

A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é o contrato, a petição inicial não é a demanda. A demanda é um ato j urídico que requer forma especial.

A petição inicial é a forma da demanda, o seu instrumento; 1 a demanda é o conteúdo da petição inicial.

Forma é o meio pelo qual a vontade se expressa, se exterioriza. Ao tempo em que serve para exteriorizar a vontade, a fomrn serve de prova para o ato jurídico. Para maior segurança, a lei às vezes impõe que detenninados atos jurídicos se revistam de determinada forma. A demanda é um deles. O estudo dos requisitos da petição inicial, logo abaixo, não passa de estudo dos requisitos fomrnis do ato jurídico demanda.

Como regra, no direito brasileiro, a demanda deve vir em forma escrita, admitindo-se, excepcionalmente, a demanda oral.

Como a demanda tem a função de bitolar a atividade jurisdicional, que não pode extrapolar os seus limites (decidindo além, aquém ou fora do que foi pedido), costuma

-se dizer que a petição inicial é um projeto de sentença: contém aquilo que o demandante almeja ser o conteúdo da decisão que vier a acolher o seu pedido.

2. REQUISITOS

Vejamos um a um os requisitos formais da petição inicial, previstos nos artigos 282

e 283 do Código de Processo Civil.

1) Forma. A postulação inicial, como regra, deve ser escrita (manuscrita, datilografada ou impressa), datada e assinada. Admite-se postulação oral nos Juizados Especiais 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 1 O; CÂMARA, Alexandre Freitas.

Lições de Direito Processual Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, v. !, p. 3 14.

fREDIE DIDIER JR.

Cíveis (art. 1 4 da Lei Federal n. 9.099/99), pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mulher que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar (art. 12, Lei 1 1 .340/2006) e no procedimento especial da ação de alimentos (art. 3°, § 1 º, Lei Federal n . 5.478/68). Há, ainda, em muitos casos, a possibilidade de apresentação da demanda eletronicamente, como tem acontecido, principalmente, perante os Juizados Especiais Federais virtuais.

II) Assinatura de quem possua capacidade postulatória. A petição inicial deve vir

assinada por quem tenha capacidade postulatória, normalmente o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o defensor público e o membro do Ministério Público. Há, no entanto, como isto, algumas hipóteses em que o leigo tem capacidade postulatória: a) algumas previstas no Código de Processo Civil (art. 36): se não houver advogados na comarca ou, havendo, todos negarem patrocínio à causa; b) outras previstas na legislação extravagante: Lei de A limentos (5.478/1968), art. 2°; habeas corpus; Juizados Especiais Cíveis, na primeira instância, em causas cujo valor não exceda a 20 (vinte) salários-mínimos2; pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da mull1er que se afirma vítima de violência doméstica ou familiar (art. 27, Lei 1 1 .340/2006).

A petição deve conter a indicação do endereço profissional do advogado (art. 39, I, do CPC) para envio de intimações (p. ex., reconvenção e oposição, cuja citação se opera na pessoa do advogado do reconvindo/oposto).

Ili) Indicação do juízo a que é dirigida a demanda: deve o autor, observando as regras de competência, indicar o juízo (singular ou colegiado) perante o qual formula a sua pretensão. O endereçamento far-se-á no cabeçalho da petição inicial. Devem ser observadas as designações corretas: a) comarca é unidade territorial da Justiça dos Estados; Seção Judiciária, da Justiça Federal; b) juiz Federal qualifica o magistrado da Justiça Federal, e Juiz de Direito, o da Justiça Estadual etc. Segue um exemplo de endereçamento: "Exmo.

Sr. Juiz de Direito da Vara de Família da Comarca de Salvador, Estado Federado da Bahia".

IV) Qualificação das partes: deve o demandante qualificar as partes (ele próprio e o réu). Devem constar os nomes, prenomes, estado civil (o que inclui, por analogia, a declaração de união estável)3, profissão, domicílio e residência do autor e do réu. O que 2. No III Encontro Nacional dos Coordenadores dos Juizados Especiais, decidiu-se que: "A assistência obrigatória prevista na LJE 9° tem lugar a partir da fase instrutória, não se aplicando para a formulação do pedido e a sessão de conciliação."

3. Se é certo que ainda não há um "estado civil de convivente", a situação daquele que vive em união estável não é a equivalente à do solteiro. Há quem defenda, com razão, a necessidade de criação ele um novo estado civil: o de convivente: "Ora, se alguém vive em união estável, mas mantém o estado civil

de solteiro, este dado não condiz com a sua realidade familiar, considerando que, na constância da união, pode ter adquirido patrimônio em conjunto com seu (sua) convivente. Se o art. 1 .725 cio CCB/2002 prevê que, na ausência de contrato escrito entre os companheiros, prevalece entre eles o regime da comunhão parcial de bens, fica bastante facilitada a incidência ele fraudes na constância da relação. Assim, ficam à mercê do desejo fraudatório do convivente, situação à qual também não escapam os terceiros que com ele se relacionam.

(...) Diante disso, é conveniente a atribuição de um estado civil à união estável, com a finalidade ele conferir maior segurança às relações jurídicas estabelecidas, tendo como sujeitos desta relação pessoas que vivem em união estável". (PEREIRA, Rodrigo da Cunha, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. "A criação de um 462

se pretende, com tal requisito, é evitar o processamento de pessoas incertas, bem como verificar a incidência de algumas nonnas que têm por suposto fáctico algum desses qualificativos (p. ex.: litisconsórcio necessário de pessoas casadas, art. 1 O, § 1 º, do CPC; domicílio necessário de funcionários públicos, art. 76 do CC-2002; exigência de caução às custas para os autores estrangeiros ou nacionais não residentes no país, art.

835 do CPC etc.). A análise sobre a concessão dos benefícios da justiça gratuita

(Lei Federal n. 1 .060/50) pauta-se, muita vez, nos dados que qualificam o litigante, como a sua profissão ou a atividade desenvolvida, quando se tratar de pessoa jurídica (as entidades fi lantrópicas, p. ex., têm recebido um tratamento j urispmdencial mais condescendente em relação à possibil idade de ser isentada do adiantamento das custas processuais).

A Resolução n. 46 do Conselho Nacional de .Justiça determina que "o cadastramento de partes nos processos deverá ser realizado, prioritariamente, pelo nome ou razão social constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante alimentação automática., observados os convênios e condições tecnológicas disponíveis" (a.rt. 6°). Além disso, "na impossibi lidade de cumprimento da previsão do caput, deverão ser cadastrados o nome ou razão social informada na petição inicial, vedado o uso de abreviaturas, e outros dados necessários à precisa identificação das partes (RG, título de eleitor, nome da mãe etc), sem prejuízo de posterior adequação à denominação constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas perante a Secretaria da Receita Federal cio Brasil (CPF/

CNPJ)" (art. 6°, par. ún.).

O art. 15 da Lei n. 1 1 .41 9/2006, que regulamenta o processo eletrônico, dispõe que:

"Salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas tisicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal".

Quando ignorada uma destas circunstâncias, deve o autor declinar esse fato na petição inicial. É possível demanda contra pessoa incerta, quando se deve proceder a um esboço de identificação, bem como será requerida a citação editalícia (art. 23 1 , 1, do CPC).

Há casos em que se torna inviável o cumprimento estrito ela exigência formal de qualificação integral dos litigantes. A demanda possessória relacionada a uma ocupação de terra é um bom exemplo. Dada a existência de um número indetem1inado, mas determinável, de pessoas no polo passivo, caracterizado está o chamado

"litisconsórcio passivo multitudinário". Justamente porque existe este número

indeterminado de pessoas no polo passivo, é tarefa difícil, senão impossível, exigir do demandante a perfeita identificação e qualificação de cada um dos réus, bem assim o conhecimento dos locais onde têm residência ou domicílio. Joel Dias Figueira Jr. manifestou-se sobre o problema: "A indicação dos sujeitos integrantes do polo passivo ela demanda, que, no caso, são os esbulhadores, deverá recair sobre todas aquelas pessoas suscetíveis de reconhecimento pelo meirinho quando do cumpri-novo estado civil no direito brasileiro para a união estável". Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. Série Grandes Temas de Direito Privado. Mario Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (coord.). São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 268-269).

463



mento do ato citatório, podendo ser através do nome, prenome ou alcunha, assim como, se conhecido o líder do movimento, esse deve ser identificado. (...) Nesses casos, resta ao possuidor esbulhado indicar na peça inaugural apenas a qualificação fundada em elementos que viabilizem a comunicação do ato citatório aos líderes do movimento (quando viável tal identificação, bem como ressaltar a existência de um número indeterminado de pessoas ocupantes da área de terra invadida, a fim de que o meirinho possa citar também esses réus incertos e desconhecidos que, no momento da efetivação da ordem judicial, possam ser

identificados e efetivamente citados)".4 Por esta razão, fica mitigado o requisito exigido pelo Código de Processo Civil para a correção da petição inicial (art. 282, ll, do CPC).5

Quando se trata de pessoa jurídica, é fundamental que a petição inicial venha acompanhada do estatuto social e da documentação que comprove a regularidade da representação - notadamente para que se averigúe se quem outorgou a procuração ao advogado, em nome da pessoa jurídica, poderia fazê-lo.

Se o autor for um nascituro, deverá ser identificado como "nascituro de fulana de tal" (nome da mãe).

V) O fato e o fundamento jurídico do pedido: como instrumento da demanda, a petição injcial deve revelá-la integralmente. Além do pedido e dos sujeitos, deve a petição inicial conter a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, que formam a denominada causa de pedir. "Compõem a causa petendi o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima)".6-7 A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida j uridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido.

"Cada regra de direito enuncia algo sobre fatos (positivos ou negativos). Se os fatos, de que trata, se produzem, sobre eles incide a regra jurídica e irradia-se deles (feitos, com a i.ncidência,jurídicos) a eficácia jurídica. Já aqui estão nitidamente distinguidos, apesar da confusão reinante na ciência europeia: a eficácia da regra jurídica, que é a de incidir, eficácia 'legal' (da lei), eficácia nomológica (= da regra jurídica); e a eficácia jmídica, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.

4. FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Liminares nas ações possessórias. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 252.

5. "Portanto, o primeiro obstáculo a transpor diz respeito aos termos da inicial. Nesses casos de lit.isconsórcio passivo mullitudinário, a circunstância de a peça inaugural não trazer em seu bojo a indicação de todas as pessoas que devem figurar no polo passivo da demanda não pode obstar a necessária aptidão para encetar o prosseguimento do feito" (FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Liminares nas ações possessórias. 2 ed. São Paulo: RT, 1 999, p. 251-252).

6. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2 ed. São

Paulo: RT, 2001, p. 1 54.

E prossegue o mesmo autor: "Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurfdica existente entre as partes, a causa petendi proxima (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada i11 statu assenionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata sequência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitrada pelo autor" (ob. cit., p. 1 55).

7. Cumpre observar que alguns autores invertem a ordem dos termos, considerando como "causa de pedir remota" o fundamento jurídico e como "causa de pedir próxima" o fato jurídico. Na verdade, o que importa é saber que a causa de pedir compõe-se de ambas as parcelas da equação.

PETIÇÃO INICIAL

Seria erro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tomando-os fatos jurídicos)".8

Deve, assim, o autor, em sua petição inicial, expor todo o quadro fático necessário à obtenção do efeito jurídico perseguido, bem como demonstrar como os fatos narrados autorizam a produção desse (deverá o autor demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto).

Adotou o nosso CPC a chamada teoria da substancialização da causa de pedir, segundo a qual se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que se indique qual o fato jurídico que lhe deu causa - teoria da individualização.9 Com isso, a pluralidade de fatos jurídicos implicará a pluralidade de demandas - hipótese muito comum em ação rescisória, quando o demandante pede a rescisão do julgado com fundamento em mais de uma das hipóteses previstas no art.

485 do CPC.10

Por vezes, a causa de pedir é composta. Diz-se composta a causa de pedir "na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão". 1 1 Se um dos elementos do suporte fático não estiver presente na narrativa do autor (in statu assertionis) a causa de pedir não se completa e, portanto, a petição não pode ser admitida.

Um exemplo pode ser interessante para o correto entendimento do tema. A causa de pedir na ação de responsabi lidade civil subjetiva é composta. O substrato fático que autoriza a incidência do art. 1 86 do CC-2002 compõe-se de quatro elementos:12

conduta, culpa, nexo de causalidade e dano. Só terá direito à indenização (responsabilidade civil; efeito jurídico) aquele que conseguir demonstrar a existência destes quatro requisitos (fato jurídico composto). A falta de um deles implica a impossibilidade de obter-se o efeito jurídico pretendido, pela insubsistência do fato tido por jurídico.13 Não incidirá a norma pela falta de um dos elementos do suporte fático.

8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 1 7.

9. "A causa de pedir se completa, segundo a teoria em apreço, somente pela identificação, na inicial, da relação jurídica da que o autor extrai certa consequência jurídica". (ASSIS, Araken de. C11m11lação de ações. p.

136).

10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória". Temas de direito processual- quarta série. São Paulo: Saraiva, 1

989, p. 205-206.

1 1 . TUCCl, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2 ed. São Paulo: RT, 200 1 , p. 156.

12. " ... em geral, o suporte fáctico é constituído por vt\rios fatos ... Esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 1 0 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54-55).

13. " ... o fato jurídico há de ser considerado conceptualmente como unidade, embora possa ser constituído por vários fatos" (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do/ato jurídico. 1 O ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55).

FREDIE DIDIER JR.

Não se deve confundir fundamento jurídico (qualificação jurídica; enquadramento j urídico), com fundamentação legal, essa dispensável. O magistrado está limitado, na sua decisão, pelos fatos jurídicos e pelo pedido formulados- não o está, porém, ao dispositivo legal invocado pelo demandante, pois é sua a tarefa de verificar se houve a subsunção do fato à nom1a (ou seja, verificar se houve incidência).14

"Importantes são os fatos que o juiz deve conhecer como narrados pelo autor,

cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, à verificação dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos.

Importante é o pedido, que o juiz deve acolher ou rejeitar como foi ele formulado pelo autor, sem que se lhe permita ir além, ficar aquém ou fora do mesmo, ainda quando lhe seja permitido apenas deferi-lo parcialmente.

A tipificação dos fatos pelo autor é irrelevante, pois se ele categorizou mal, do ponto de vista do direito, os fatos que narrou, pouco importa, pois o juiz conhece o direito e deve categorizá-los com acerto. E se os fatos, incorretamente categorizados, autorizam o pedido que foi feito, nenhum prejuízo pode decorrer para o autor do deslize técnico de seu advogado. Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveita ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado, sem poder corrigi-lo de oficio".15 José Roberto dos Santos Bedaque aponta a dificuldade prática de se distinguir fundamento legal de fundamento jurídico.16

Há quem divida a causa de pedir em ativa e passiva, sendo aquela o fato constitutivo do direito e essa o fato que impulsiona o tnteresse de agir. "Se o autor reclama a restin1ição de quantia emprestada, a causa petendi abrange o empréstimo, fato constitutivo do dtreito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato lesivo do direito alegado (aspecto passivo)". 17 Observe-se que tanto a causa ativa como a causa passiva são englobadas pela chamada causa de pedir remota: o fato jurídico, que se divide nos aspectos passivo e ativo.18

Por fim, uma observação. Se a demanda introduz a afirmação da existência de (ao menos) uma relação jurídica subsl ancia l, é absolutamente fundamental que estejam presentes na petição inicial os elementos que compõem a relação jurídica: o fato jurídico, o objeto e os sujeitos. ão é outra a razão pela qual os elementos da demanda são a causa de pedir (fato jurídico), o pedido (objeto) e as partes (sujeitos). A causa 14. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 159.

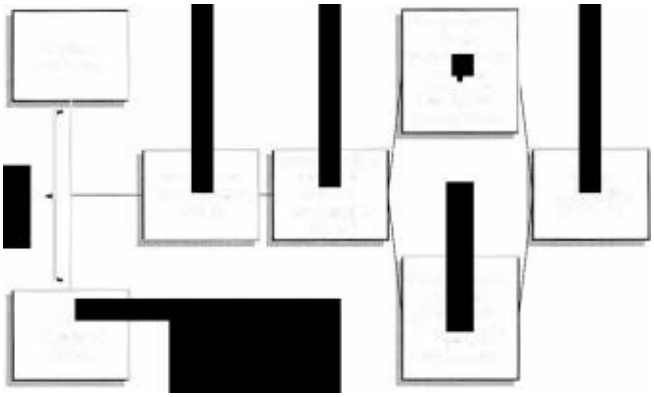
1 5. Ob. cit., p. 159-160.

16. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 32.

17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O no1'0 processo civil brasileiro, p. 1 5.

1 8. TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi 110 processo civil. 2 cd. São Paulo: RT, 2001, p. 154.





de pedir decorre, portanto, do direito material19 - al iás, como ocorre com os outros elementos da demanda.

Eis o esquema-mínimo2º que sintetiza o fenômeno jurídico e que deve constar da petição inicial (normalmente, a situação jurídica ativa corresponde à posição do autor, a passiva, à do réu)21 :

Situação jurídica

Hipótese

ativa

(direitos subjetivos,

normativa

interesses

juridicamente

tutelados, direitos

potestativos etc.)

Relação jurídica

Fato jurídico

substancial

Pedido

lncid ência

(causa de pedir

deduzida

(efeito jurídico

remota)

(causa de pedir

pretendido)

próxima)

Situação jurídica

passiva

Fato

(dever jurídico

legal, obrigação,

ou conjunto

estado de

de fatos

sujeição etc.)

VI) O pedido: toda petição inicial deve conter ao menos u m pedido. Trata-se de requisito elementar do instrumento da demanda, pois não se pode falar, no plano lógico, de petição sem pedido. Petição sem pedido é petição inepta, a ensejar o

seu indeferimento.

O exame do pedido será feito, com o cuidado que este requisito requer, em item próprio, linhas abaixo.

19. "De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individuação, quer para os defensores da substanciação, revela o nexo existente entre o direito material e o processo. (...) O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". Causa de pedir e pedido no processo civil (q11es1ões polémicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.) São Paulo: RT, 2002, p. 30).

20. Fala-se de esquema mínimo, pois não se desconhece que, na aplicação do direito, há outras circunstâncias que exercem influência bastante significativa, tais como os aspectos pol íticos e axiológicos, que jamais podem ser olvidados.

2 1 . Sobre as situações jurídicas subjetivas, ativa e passiva, recomenda-se a leitura de belo trabalho monográfico de André Fontes: A pre1e11sào como situação jurídica s11bje1iva. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p.

1 01 - 1 10.

VII) Valor da causa: em toda petição inicial deve constar o valor da causa, cuja fixação seguirá os ditames dos arts. 258-260 do CPC. Não há causa sem valor, assim como não há causa de valor inestimável ou mínimo, expressões tão frequentes quanto equivocadas encontradas na praxe forense. O valor da causa deve ser certo e fixado em moeda corrente nacional.

Nesse sentido, cabe trazer o enunciado n. 26 1 da súmula do TFR: "No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de

alçada recursai, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes".

VIII) A indicação dos meios de prova com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados: o autor deverá indicar quais os meios de prova de que se irá valer para comprovar as suas alegações. Tem pouca eficácia prática o dispositivo: a) o magistrado pode determinar ex ofjicio a produção de provas (art. 130 do CPC); b) no momento próprio -fase de saneamento do processo - as partes são intimadas para indicar de quais os meios de prova se servirão.

IX) Requerimento para a citação do réu: deve o autor formular requerimento de citação do réu. Conforme prescreve a alínea "f' do art. 222 do CPC, poderá o autor escolher a forma de citação, quando não for proibida por lei (como nas hipóteses das alíneas "a" a "e" do art. 222, que vedam a citação postal) e submetendo-se à responsabil idade civil, em caso de opção temerária (como é o caso do art. 233 do CPC, que cuida da citação editalícia dolosa).

Cabe a lembrança de que permanece, no atual CPC, a possibilidade de intervenção iussu iudicis, que permite ao magistrado determinar ao autor que promova a citação de litisconsortes necessários, cuja citação não havia sido requerida (art. 47, par. ún.

do CPC). Sobre a i ntervenção iussu iudicis, ver item sobre o tema no capítulo sobre litisconsórcio.

"A circunstância de não se ter requerido a citação não haverá de conduzir à nulidade do processo se aquela foi feita e atendida pelo réu, não se podendo colocar em dúvida que se postulava prestação jurisdicional" (STJ, 3n T., REsp 32. 171-6, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02 . 1 994, p. 2.886).

X) Documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 283, CPC): a petição inicial deve vir acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da causa.22

Como regra, deve-se produzir a prova documental no momento da postulação (art. 396

do CPC). Consideram-se indispensáveis tanto os documentos que a lei expressamente exige para que a demanda sej a proposta (título executivo, na execução; prova escrita, 22. Exemplo de documento indispensável à propositura de demanda se faz presente no Enunciado 1 1 do Fórum Nacional dos Juizados

Especiais Federais- FONAJEF, evento datado de 2 1 de Outubro de 2005. Enunciado J J : "No ajuizarnento de ações no JEF, a microempresa e a empresa de pequeno porte deverão comprovar essa condição mediante documentação hábil."

468

PETIÇÃO INICIAL

na ação monitória etc.) - documentos substanciais, na classificação de Amaral

Santos

-, como também aqueles que se tornam indispensáveis porque o autor a eles se referiu na petição inicial, como fundamento do seu pedido ou pretensão - documentos fundamentais, na classificação de Amaral Santos.23

Cumpre, ainda, observar: a) é possível a produção ulterior de prova documental (como, p. ex., nas h ipóteses do art. 397 do CPC); b) é que pode o autor, na própria petição inicial, solicitar a exibição de documento que, não obstante tenha sido alvo de sua referência na petição inicial, porventura esteja em poder do réu ou de terceiro (art.

355 e segs. do CPC). O momento da produção da prova documental será estudado no volume 2 deste Curso, em capítulo específico.

3. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Se a petição inicial estiver irregular, por lhe faltar algum dos seus requisitos, deve o magistrado intimar o autor para corrigi-la, emendá-la. É o que prescreve o art. 284 do CPC, que autoriza o magistrado a determinar a emenda da petição inicial, no prazo de 1 O

dias, intimando-se o advogado do autor.

Há posicionamento do STJ no sentido de ser esse prazo prorrogável, a critério do juiz.

(STJ, 4°. T., Resp 1 02.398-PR, rei. Min. Barros Monteiro, DJU 02. 1 2 . 1 996; STJ, 3ª.

T., Resp 1 1 8. 1 4 1 -PR, rei. Min. Menezes Direito, DJU 25.05. 1 998, p. 1 02).

"Não é lícito ao juiz estabelecer, para as petições iniciais, requisitos não previstos nos arts. 282 e 283 do CPC. Por isso, não lhe é permitido indeferir liminarmente o pedido, ao fundamento de que as cópias que o instruem carecem de autenticação. O

documento ofertado pelo autor presume-se verdadeiro, se o demandado, na resposta, silencia quanto à autenticidade" (CPC, art. 372) (RSTJ 1 4 1 / 1 7).

Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Permite-se, contudo, uma nova determinação de emenda, se a primeira correção não foi satisfatória.24 Mesmo que efetuada a emenda após o prazo concedido, ainda assim não se justifica o indeferimento.25 Sempre que o defeito for sanável deve o magistrado determinar a emenda; não lhe é permitido indeferir a inicial sem que conceda ao autor a possibilidade de correção.26 Não são sanáveis, no entanto, p.

ex., os defeitos relacionados às condições da ação e quando houver decadência ou prescrição. Trata-se de aplicação das regras do aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas (arts. 244 e 250 do CPC).

23. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, v.2, p.138.

24. NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil, nota 5 ao art. 284.

25. STJ, 6" T., Resp 38.81 2·0-BA, rei. Min. Pedro Acioli, DJU 1 0 . 1 0.94, p. 27. 1 9 1 .

26. NERY Jr. e NERY, Código de Processo Civil Comentado, p . 641 .

FREDIE DIDIER JR.

Nery Jr. e Rosa Nery afirmam que a possibilidade de emenda da petição inicial é direito subjetivo do autor, constituindo-se cerceamento do direito de defesa não se permitir a emenda quando essa for possível.21

"Ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por

deficiência da petição inicial, sem dar ao autor oportunidade para suprir a falha". (STJ, 1 ª. T., Resp 1 1 4.092-SP, rei. Mio. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.05.1 998).

4. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

4. 1 . Considerações gerais

O indeferimento da petição inicial é decisão judicial que obsta liminarmente o prosseguimento da causa, pois não se admite o processamento da demanda. Não se recomenda, contudo, o indeferimento indiscriminado. A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação. 28

O indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes da ouvida do réu.29 Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o feito por outro motivo.30 A inépcia, por exemplo, pode ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas não implicará indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise do mérito (art. 267, IV, CPC).31

Essa é a característica que distingue o indeferimento da petição inicial das outras formas de extinção cio processo. É o indeferimento (na hipótese de invalidade) uma hipótese especial de extinção do processo por falta de um "pressuposto processual". A petição inicial válida, como se sabe, é um requisito processual de validade, que, se não preenchido, implica extinção do processo sem exame do mérito. Se o defeito se revelar primafacie, é caso de indeferimento; se o magistrado tiver ouvido o réu para acolher a alegação de invalidade, não é mais o caso de indeferimento, mas sim de extinção com base no art. 267, IV, CPC. A distinção é importante, pois o regramento do art. 296 do 27. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado, p. 64 1 .

28. Correia de Almeida Wambicr e Talamini defendem muilo bem a tese de que o indeferimento da pclição inicial deve ser algo excepcional, somente existindo quando a tulela jurisdicional realmente ficar inviabilizada (Curso Avançado de Processo Civil, v. 1, p. 300).

29. Não é por outra razão que Barbosa Moreira se refere ao indeferimento da

inicial como sendo caso de despacho liminar negativo (embora, obviamente, cslcjamos diante de uma decisão). O novo processo civil brasileiro, p. 23.

30. NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor, p. 647. Também neste sentido, FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Ci>1il. São Paulo: RT, 2001, v. IV, t. 11, p. 162-163.

3 1 . Admitindo a possibilidade de reconhecimento ela inépcia após a comestação: STF, RT 636/188; STJ, 3', T .. Resp 39.927-0-ES, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 1 7. I 0.1 994, p. 27 .892.

PETIÇÃO INICIAL

CPC somente se aplica à decisão que indefira a petição inicial, bem como, sendo liminar a sentença, não se condenará o autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor do réu ainda não citado.

As matérias que dão azo ao indeferimento da petição inicial são todas questões que não se submetem à preclusão, podendo ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Com exceção da prescrição, todas são questões de ordem pública.32 As causas de indeferimento são de duas ordens: a) indeferimento por

defeito da petição inicial; b) indeferimento por improcedência prirnafacie d o pedido.

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial; por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação. O CPC-73 contribui para isso, ao qualificar o indeferimento da petição inicial como hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, 1).

Talvez tenha sido esse o motivo pelo qual Calmon de Passos chega à seguinte conclusão: "A petição inicial, ato processual típico, pode, consequentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo"n Sucede que também é possível o indeferimento da petição inicial com j ulgamento do mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. É a chamada improcedência prima facie, que será objeto de análise em capítulo específico.

O indeferimento da petição inicial pode ocorrer tanto em juízo singular (o mais corriquei ro) como em tribunal. Na segunda hipótese, o indeferimento tanto pode advir de decisão do relator (o que normalmente acontece em causas de competência originária de tribunal)3'1 como de acórdão.

O indeferimento ainda pode ser total ou parcial. Será parcial quando o magistrado apenas rejeitar parte da demanda (p. ex.: havendo cumulação de pedidos, o magistrado verifica a decadência/prescrição de um deles ou o considera j uridicamente impossível).

32. Cf. NER Y Jr., Nelson e NER Y, Rosa Maria. Código de Processo Civil come111ado e legislação processual civil em vigor, p. 647.

33. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 2 1 3. Em outro trabalho, porém, Calmon de Passos distingue nulidade e inadmissibilidade (Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro:

Forense, 2002, p. 158).

34. O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 25/03/04, acrescentou ao artigo J 6 J do seu Regimento Interno a possibilidade do ministro-relator de Reclamação julgá-la, quando a matéria em questão for objeto de jurisprudência consolidada na Corte, aplicando, por analogia, o disposto no art. 557 do CPC.

N

Isso é muito frequente nas hipóteses em que o objeto do processo é decomponível (sobre o tema ver capítulo sobre a teoria da cognição).

Hipótese também frequente de indeferimento parcial da petição inicial se dá quando, havendo cumulação de pedidos, o magistrado é incompetente para conhecer e julgar um deles. Nesse caso, o magistrado indeferirá a cumulação, mas julgará o pedido de sua competência.35 É nesse sentido o enunciado 170

da súmula da jurisprudência predominante do STJ, comentada no estudo da cumulação de pedidos.

Cabe indeferimento parcial, como bem aponta Barbosa Moreira, quando a cumulação de pedidos foi em si mesma inviável, quando aos dois ou mais pedidos corresponder outros tantos procedimentos diversos, mas o autor ou não os reduz ao rito ordinário ou essa redução é impossível.36 Deve o juiz determinar ao autor que corrija a inicial: adotando o procedimento correto, se for possível, ou optando por um dos pedidos cumulados.

ão se pode dizer que toda decisão que indefere a petição inicial é uma sentença e, portanto, submetida ao recurso de apelaçâo.37

Se o indeferimento for parcial, não haverá extinção do processo, não se podendo falar, pois, de sentença; se ocorreu em juízo singular, será uma decisão interlocutória; se ocorreu em tribunal, será uma decisão unipessoal, se proferida por relator, ou um acórdão, se decisão colegiada.

O indeferimento total da petição inicial poderá ocorrer em tribunal (p. ex.: indeferimento da inicial de uma ação rescisória); assim, ou será uma decisão de relator ou um acórdão, jamais uma sentença.

Em resumo: o indeferimento pode ser uma decisão interlocutória, uma decisão de relator, um acórdão e, também, uma sentença, só se configurando como tal se se tratar de indeferimento total da petição inicial feito por juízo singular.

Com base nisso, pode-se estabelecer o sistema recursai da decisão que indefere a petição inicial: a) se se tratar de um indeferimento parcial feito por juízo singular

(decisão interlocutória), o recurso cabível é o agravo de instrumento ou recurso ordinário constitucional (art. 539, l l, "b", CPC); b) se se tratar de indeferimento total feito por juízo singular, será apelação ou recurso ordinário constitucional (art. 539, l l , "b", CPC);38 c) contra indeferimento total ou parcial feito por decisão do relator, caberá agravo interno; d) contra indeferimento total ou parcial feito por acórdão, caberão, conforme o caso, recurso ordinário constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário.

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 25.

36. MOREJRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 25.

37. Ver preciso trabalho de Adroaldo Furtado Fabrício: "Extinção 'imprópria' do processo e recurso cabível".

Ensaios de direi/o processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 238.

38. Em caso de execução fiscal, nas hipóteses do art. 34 da Lei Federal n. 6.830/80, contra a sentença que indefere a petição inicial caberão os embargos infringentes de alçada, típicos destas demandas fiscais.

PETIÇÃO INICIAL

O art. 296 do CPC afirma que, havendo apelação da sentença que indefere a peti

ção inicial (com ou sem exame de mérito), poderá o juiz, no prazo de 48 horas (prazo impróprio, cujo desrespeito é anódino), rever a sua decisão e modificá-la, em juízo de retratação. A retratação pode ocorrer tanto nas hipóteses de indeferimento por invalidade como nas de indeferimento por improcedência prima facie. A conclusão é confirmada pela redação do § 1 º do art. 285-A que, cuidando de hipótese de improcedência prima facie, permite o juízo de retratação

do magistrado, havendo apelação do autor (sobre o tema, mais considerações no próximo capítulo).

A despeito da retratação, poderá o réu alegar em sua defesa o motivo que levara o magistrado à primeira decisão obstativa, não se podendo falar, aí, de preclusão.

Não ocorrendo a retratação, os autos serão encaminhados, imediatamente, ao Tribunal competente. Desnecessária a citação do réu para acompanhar a apelação.

Somente após o eventual provimento do recurso é que, baixando os autos ao j uízo de origem, haverá normal citação do demandado.39 A garantia do contraditório não ficará arranhada, porque nada do que ficar j ulgado nessa fase processual será v inculativo ao demandado.40-41 Poderá, contudo, o réu ingressar no feito, dando-se por citado e oferecendo as contrarrazões da apelação.

Trata-se de norma excepcional, pois confere ao magistrado a possi bilidade de mudar a sua decisão após ter encerrado o seu ofício jurisdicional com a prolação da sentença.42

Perceba que essa possibilidade de retratação só é permitida à apelação e se houver apelação (a fortiori ao recurso ordinário constitucional na modalidade apelação: 39. Contra, entendendo que o réu deve ser citado para acompanhar a apelação, PASSOS, .José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, cil., p. 239- 242.

40. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, em 02.08.2004, dar interpretação conforme a Constituição para o parágrafo único do artigo 296 do CPC, afirmando que a remessa dos autos ao tribunal, acaso o magistrado não se retrate, não significa o encerramento (preclusão) das discussões da matéria pelo réu. O Plenário esclareceu que, nesses casos, não se configura o trânsito em julgado (decisão final) e que o réu pode, ainda, apresentar argumentos no curso processual. O relator, ministro Marco Aurélio, concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 296 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 8.952/94. Ele explicou que não seria cabivel existir a possibilidade de o Tribunal julgar Recurso Extraordinário -já apresentado pelo fnstituto - e reverter decisões já formalizadas, sem o conhecimento do interessado (o Instituto de Previdência gaúcho, no caso). No julgamento, no entanto, prevaleceu

o voto da divergência, iniciada pelo ministro Cezar Peluso. O ministro sugeriu ao Plenário dar interpretação conforme a Constituição para explicitar que, na hipótese do parágrafo único do artigo 296 do CPC, não há coisa julgada e não prcclui a matéria objeto da decisão que indeferiu a petição inicial, e que depois poderia ser reformada. Peluso afirmou que a mudança ocorrida nesse artigo, cm 1 994, simplificou o sistema recursai, abrangendo a maioria dos casos, ao permitir que petição inicial possa ser indeferida sem a participação do réu. "O que o sistema está dizendo é que o réu pode trazer argumentos que até a Suprema Corte não conhecia", disse o ministro. Ele esclareceu que fica garantida a oportunidade de o réu apresentar seus argumentos posteriormente. A decisão foi acompanhada pela maioria do Plenário, vencidos os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. (fonte: STF - Últimas notícias, de 02.08.2004).

4 1 . NERY Jr., Nelon e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado, p. 650.

42. Correta a observaçüo de Ncry Jr. e Nery, quando afirmam ser o art. 296 uma exceção ao art. 463 do CPC

(Código de Processo Civil Comentado, p. 649).

fREDIE DIDIER JR.

art. 539, li, "b", CPC), não podendo ser aplicada ex ojficio.43 O magistrado somente pode alterar a sua decisão ex officio se constatar erro de cálculo ou eJTo material (art. 463, 1, CPC).

Esse artigo só se aplica ao indeferimento total da petição inicial em juizo singular.

O agravo interno e o agravo de instrumento (cabíveis em certas hipóteses de indeferimento) permitem, também, o juízo de retratação.

Do mesmo modo, é de observar-se que esse artigo somente incide quando houver verdadeiro indeferimento da petição inicial, que, conforme visto, deve ser liminar; nos demais casos, afumam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, "é vedado ao juiz proferir juízo de retratação, somente podendo alterar a sentença para corrigir erros materiais ou por meio de embargos de declaração.••

Por fim, cabe uma consideração: "indeferida a petição inicial, o que se pode dizer, isto sim, é que a formação e a extinção do processo foram teoricamente simultâneas, existindo a relação processual ao modo do que, em termos espaciais, ocorre com o ponto geométrico, que não ocupa lugar no espaço".45

4.2. Hipóteses de indeferimento

a) Inépcia

A inépcia (ou inaptidão) da petição inicial gira em torno de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido; são defeitos que não apenas dificultam, mas impedem o j ulgamento do mérito da causa.46

Conforme visto, a petição inicial é o veículo da demanda, que se compõe do pedido, da causa de pedir (elementos objetivos) e dos sujeitos (elemento subjetivo). A inépcia diz respeito a vícios na identificação/formulação dos elementos objetivos da demanda.

Costuma-se alcunhar de inepta toda petição inicial que é i ndeferida, como se a inépcia fosse a única hipótese de indeferimento. Está errado. H á i ndeferimento que não ocorre em razão da inépcia, como nos casos do reconhecimento da prescrição/decadência e da carência de ação. A inépcia leva ao indeferimento da petição inicial, mas nem todo indeferimento a tem por fundamento.

O parágrafo único do art. 295 do CPC traz as h ipóteses de inépcia.

1) Ausência de pedido ou de causa de pedir. Sem pedido ou causa de pedir, será i mpossível ao magistrado saber os limites da demanda e, por consequência, os l imites da 43. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos civeis. 2 ed. Belo Horizonte; Mazza Edições, 2001, p. 233.

44. Código de Processo Civil Comentado, p. 650.

45. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Exlinção cio Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direito processual.

Rio de Janeiro; Forense, 2003, p. 370.

46. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro; Forense, 1998, V. 3, p. 2 1 3 .

sua atuação. É o caso de inépcia mais flagrante. Considera-se que a formulação obscura (ininteligível) da causa de pedir ou do pedido também implica inépcia.47

11 e 111) Quando da narração dos.fatos não decorrer logicamente o pedido ou quando o pedido for juridicamente impossível. Esses dois incisos do par. ún. do art. 295 do CPC, embora com textos diferentes, referem-se a um mesmo fenômeno: o da i mpossibilidade de atendimento do pedido formulado, quer

porque abstratamente impossível, quer porque se constitua efeito jurídico que não se pode retirar do fato jurídico narrado (causa de pedir aduzida na petição inicial). Conforme pensamos, trata-se de hipóteses de improcedência prima facie, extinção liminar do processo com julgamento do mérito.

No entanto, o Código de Processo as coloca como causas de extinção do processo sem j ulgamento do mérito. Sobre a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ver capítulo sobre a admissibilidade da causa.

Perfeita a síntese de Calmon de Passos, que evidencia o mau trato da matéria pelo Código de Processo: "Vê-se, portanto, que o juiz recusa atribuir o bem da vida ao autor, segundo por ele postulado, quando: a) os fatos provados desautorizam essa atribuição; b) os fatos narrados ele logo desautorizam essa atribuição; c) nenhum fato, narrado ou provado, seria capaz de autorizar essa atribuição, porque vetada ou não prevista, em abstrato, pelo ordenamento. Chama-se o primeiro caso de improcedência. Denomina-se o segundo de inépcia. Ao terceiro, reserva-se o nome de carência da ação, por impossibilidade jurídica. Três aspectos de uma só verdade - a improcedência. Ora primafacie (hipóteses b e e), ora dependente de verificação probatória (hipótese a)".48

IV) A cumulação de pedidos incompatíveis entre si também é h ipótese de inépcia -

trata-se de uma "petição suicida", pois um pedido aniquila o outro. A compatibilidade dos pedidos é requisito para que se os possa cumular (v. item abaixo sobre os requisitos da cumulação de pedidos). Deparando-se com uma petição inicial nesta situação, deve o magistrado determinar que o autor a corrija, escolhendo um dos pedidos ou trocando um deles por outro, desta feita compatível. Não pode o juiz indeferir a petição inicial nestas hipóteses sem dar ensejo à correção pelo autor.49

A Lei Federal n . 10.93 1 /2004 trouxe nova hipótese de inépcia, bastante específica:

"Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou al ienação imobil iários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia". Não basta que o demandante, nestes casos, 47. PASSOS, José Joaquim Calmon

de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, v. 3, p. 2 1 4; TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi 110 processo civil. 2 ed. São Paulo: RT, 200 1 , p. 1 60. Conferir, a propósito, o arl. 193, 2, "a", do Código de Processo Civil de Português; 2. Diz-se inepta a petição: a) Quando falte ou seja ininteligível a indicação do pedido ou da causa de pedir .

48. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, V. llJ, p. 2 1 7.

49. Corretamente, FIGUEIRA JR., .Joel Dias. Come111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2001, V. 4, t.2, p. 1 85.

formule o pedido de revisão da dívida, de forma genérica: terá o ônus de dizer, já na petição inicial, qual é o valor que reputa correto e que deseja pagar.

b) Carência de ação

A ausência de qualquer condição da ação autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial. A impossibilidade jurídica do pedido é h ipótese de inépcia, como foi visto. A ilegitimidade ad causam e a falta de interesse processual também

levam ao indeferimento (art. 295, II e I I I, do CPC). Cumpre lembrar, ainda, que, após a contestação, o acolhimento da alegação de carência de ação não implicará indeferi mento da petição inicial (art. 267, I, cio CPC), mas extinção cio processo com base no inciso V f cio art. 267 do Código.

e) Verificaçclo da prescrição ou da decadência

O i ndeferimento da petição inicial, pelo reconhecimento da prescrição ou de decadência legal, já foi objeto de análise, quando foi examinada a improcedência primafacie.

Trata-se, como visto, de modalidade especial de indeferimento da petição inicial, pois o magistrado não apenas obsta o prosseguimento do processo, como de logo repele o pleito formulado, extinguindo o processo com análise de mérito (art. 269, I V, CPC).50 Sobre a extinção do processo por decadência ou prescrição, ver análise em capítulo adiante sobre a improcedência primafacie.

d) Erro de procedimento

Também é h ipótese que autoriza o i ndeferimento da petição inicial a escolha equivocada do procedimento, por não corresponder à natureza ou ao valor da causa. A petição somente não será indeferida, afirma o legislador, se puder ser adaptada ao tipo de procedimento legal (art. 295, V, do CPC).

Si nceramente, não vemos situação de erro de procedimento que não possa ser corrigida pelo magistrado. O art. 250 do CPC afirma que o erro de forma somente acarreta a anulação dos atos que não possam ser aproveitados. Os erros de forma são sempre sanáveis. Como se está ainda na fase de admissibilidade da petição inicial, quando nem sequer foi citado o réu, nada impede que se tomem providências para adaptar a petição inicial ao procedimento correto. Essa conclusão é válida mesmo para a conversão do procedimento para um pertencente a outro gênero de processo: p. ex., conversão de procedimento executivo para o procedi mento monitório; não vemos nenhum obstáculo a que se proceda, em homenagem à economia processual, a este tipo de aproveitamento dos atos processuais.51

Observado o equ ívoco do autor, deve o magistrado tomar as providências de corre

ção da rota. Por exemplo: se for caso de rito sumário, mas o autor escolheu o

ordinário, em vez de mandar citar o réu para apresentar defesa, se quiser, em quinze dias, deverá 50. Só haverá extinção do processo se o indeferimento íor total.

5 1 . Em sentido contrúrio, para quem não é posslvel a conversão de ação de execução em monitória ou vice

-versa, FIGUEIRA JR .. José Dias. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2001. v. 4.

l.2, p. 177.

o magistrado determinar a sua citação para comparecer pessoalmente à audiência de conciliação obrigatória, tudo na forma do art. 277 do CPC.

e) Outras hipóteses

Afirma-se, por fim, que a petição inicial será indeferida quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, par. ún., e 284, ambos do CPC (art. 295, V I , CPC). Esses artigos determinam a correção de determinados vícios da petição inicial: a)

o art. 39 determ ina que se indique, na petição inicial, o endereço em que receberá as intimações, sob pena de indeferimento da petição inicial, se não for suprida a omissão no prazo de 48 (quarenta e oito horas); b) o art. 284 é regra geral que autoriza o magistrado a determinar a emenda da petição inicial, para a correção de vícios sanáveis, no prazo de 1 0 (dez) dias, também sob pena de indeferimento.

5. PEDIDO

5.1. Conceito e divisão

O pedido é o núcleo da petição inicial; a providência que se pede ao Poder Judiciário; a pretensão material deduzida em juízo (e que, portanto, vira pretensão processual);52 a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional. É, como dito alhures, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa ele pedir.

"O petitum é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a causa petendi.

É o objeto imediato e mediato da demanda. Aí está o motivo da discórdia, que o juiz vai desfazer, declarando quem está com a verdade"Y

Como um dos elementos objetivos ela demanda (junto com a causa de pedir), adquire o pedido i mportância fundamental na atividade processual. Em primeiro lugar, o pedido bitola a prestação jurisdicional, que não poderá ser extra, ultra ou infralcitra petita, conforme prescreve a regra da congruência (arts. 128 e 460 do CPC). Serve o pedido também como elemento de identificação da demanda, para fins de verificação ela ocorrência de conexão, litispendência ou coisa julgada. O pedido é, finalmente, o parâmetro para a fixação do valor da causa (art. 259 do CPC).54

É possível distinguir, no pedido, um objeto imediato e um objeto mecliato.55 Pedido imediato seria a prov idência jurisdicional que se pretende: a condenação, a expedição de ordem, a constituição de nova situação jurídica, a tomada de providências executivas, a declaração etc. O pedido mediato é o bem da vida, o resultado prático, que o demandante espera conseguir com a tomada daquela providência. Essa distinção tem algum relevo.

O pedido imediato será sempre determinado; já o mediato pode ser relativamente

indeterminado (pedido genérico - art. 286 e incisos do CPC).

52. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, p. 153-1 54.

53. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, IV/34.

54. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 1 O- 1 1 .

55. MOREl'RA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 10. A doutrina de um modo geral adota essa divisão, sendo ociosa a menção a outros doutrinadores.

fREDIE DIDIER JR.

Em relação ao pedido mediato, aplica-se a regra da congruência, que, de resto, decorre da garantia constitucional do contraditório; o magistrado não pode alterar o bem da vida pretendido pelo demandante. Essa é a regra.

A questão, entretanto, não é tão simples. À luz do art. 461 do CPC, bá quem defenda que "o juiz está autorizado, desde que respeitados os l i mites da obrigação originária, a impor o fazer ou o não fazer mais adequado à situação concreta que lhe é apresentada parajulgamento".56

Também é mitigada a regra da congruência no processo cautelar, em razão do art.

805 do CPC, que admite a fungibilidade das medidas cautelares,57 e no art. 920

do CPC, que cuida da fungibilidade nas demandas possessórias.

No que diz respeito ao pedido imediato - providência jurisdicional -, deve ser temperada a exigência, por força dos arts. 84, CDC, e 461, CPC, que autorizam o magistrado a tomar providências de ofício, de modo a alcançar com mais faci lidade e eficiência o resultado prático al mejado. O magistrado pode, p. ex., verificando que a providência mandamental requerida não é mais adequada, tomar providências executivas para a obtenção do bem da vida pretendido. A doutrina, de um modo geral, reconhece nesses dispositivos uma mitigação da regra da congruência.58

5.2. Requisitos

O pedido h á de ser certo e determinado, e não certo ou determinado como diz o texto do art. 286 do CPC.59

Pedido certo é pedido expresso.6° Como será examinado adiante, não se admite, como regra, o pedido implícito nem se permite interpretação extensiva do pedido. "Não se admite, a teor da melhor técnica, pedido obscuro, dúbio e vago, substituído, parcial ou i ntegralmente, através de expressões elípticas, por exemplo, condenar o réu 'no que couber' ou, ainda, 'no que reputar justo', e outras, infelizmente comuns".61 Tanto o pedido mediato quanto o pedido imediato devem ser certos.

Pedido determ inado é aquele delimitado em relação à qualidade e à quantidade.

Pedido determinado se contrapõe ao pedido genérico, logo abaixo exam inado.

O pedido precisa ser claro, inteligível. Pedido que tenha sido formulado de maneira pouco clara implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., I, CPC, consoante já examinado).

56. MARJNONI, Luiz Guilherme. Twela inib11ória. São Paulo: RT, 1998, p. 120.

57. Sobre a vinculação do juiz ao pedido no processo cautelar e a mitigação da regra da congruência, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. Es111dos sobre o processo caule/ar. São Paulo: Malheiros, 1 997, p. 33-43.

58. MARJNON1, Luiz Guilhem1e. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 1 998, p. 1 19-1 2 1 ; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os gêneros do processo e o objeto da causa'·. Revista de Direi10 Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1 996, v. 2, p. 327; W ATANABE, Kazuo. "Tutela antccipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1 996, p. 43.

59. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comenlários ao Código de Processo Civil, p. 1 7 1 .

60. MTRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111en1ários ao Código de Processo Civil, I V /35.

6 1 . Araken de Assis, C1111111/ação de ações. p. 234.

O pedido há, também, de ser concludente, ou seja, deve ser consequência jurídica prevista para a causa de pedir aduzida.62 Pedido que não decorre da causa de pedir implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., IJ).63

Na falta de um desses requisitos, deve o magistrado, antes de indeferir a petição inicial, determinar a sua correção (art. 284).

Note que os requisitos do pedido (certeza, determinação, clareza e coerência) são

os mesmos requisitos da sentença (cf. v. 2 deste Curso). Se o pedido é um projeto de sentença, nada mais razoável do que exigir dessa os mesmos requisitos exigidos daquele.

5.3. Cumulação de pedidos

5.3.1. Cumulação própria: simples ou sucessiva

H á cumulação própria de pedidos quando se formulam vários pedidos, pretendendo

-se o acolhimento simultâneo de todos eles. Em uma mesma relação jurídica processual, vários pedidos são veiculados, tornando composto o objeto do processo- o que, por tabela, implicará que a decisão judicial seja proferida em capítulos. "O traço comum das ações cumuladas consiste na aptidão de cada ação de se incluir como objeto de uma relação processual independente. O autor as formula no mesmo processo por razões de economia.64

O Código de Processo Civil expressamente autoriza o cúmulo de pedidos no art. 292.

Duas são as espécies de cumulação própria de pedidos: a) simples; b) sucessiva.

Ocorre a cumulação simples quando as pretensões não têm entre si relação de precedência lógica (pedido prejudicial ou preliminar), podendo ser analisadas uma independentemente da outra. Não há necessidade de exame prévio de um dos pedidos, que são autônomos: podem ser acolhidos, total ou parcialmente, ou rejeitados, sem que se perquira o resultado do julgamento do outro.

Oportuna a transcrição do enunciado 37 da súmula da jurisprudência do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo foto".

Dá-se a cumulação sucessiva quando os exames dos pedidos guardam entre si um vínculo de precedência lógica: o acolhi mento de um pedido pressupõe o acolhimento do anterior. Veja que aqui, diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, o segundo pedido só será apreciado se o primeiro for acolhido. Essa dependência lógica pode ocorrer de duas formas: a) o primeiro pedido é prejudicial ao segundo: o não acol h imento do primeiro pedido impl icará a rejeição (e, portanto, julgamento) do segundo; b) o primeiro pedido é

preliminar ao segundo: o não-acolhimento do primeiro impl icará a impossibilidade de exame do segundo (que não será j ulgado, pois). O acol himento do primeiro pedido, em qualquer caso, não implica necessariamente o acolhi mento do segundo pedido.

62. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, fV/36.

63. ASSIS, Arakea de. C1111111laçcio de ações, p. 236; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 2, p. 149.

64. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, p. 254.

fREDlE ÜIDl.ER JR.

Normalmente, diz-se que a cumulação sucessiva é uma cumulação por prejudicialidade,65 o que é um erro, pois se misturam os conceitos de questão prejudicial e preliminar (ver capítulo sobre a teoria da cognição).

São exemplos de cumulação sucessiva por prejudicialidade: a) investigação de paternidade e alimentos; b) declaratória de inexistência de relação jurídica e repetição de indébito etc. É exemplo da cumulação sucessiva por pedido preliminar o formulado na ação rescisória: juízo de rescisão (iudicium

rescindens) e o juízo de rejulgamento (iudicium rescissorium).66

5.3.2. Cumulação imprópria: subsidiária ou alternativa

Cogita-se também da chamada cumulação imprópria de pedidos. O adjetivo "imprópria" justifica-se porque, de fato, não se trata de cumulação de pedidos. Cuida-se de formulação de vários pedidos ao mesmo tempo, de modo que apenas um deles seja atendido: chama-se, por isso, de cumulação imprópria o fenômeno, exatamente porque tem o autor ciência de que apenas um dos pedidos formulados poderá ser satisfeito: o acolhimento de um implica a impossibilidade do acolhimento do outro.67 A base normativa para este tipo de postulação é o art. 289 do CPC.68

A doutrina divide a cumulação imprópria em eventual e alternativa, seguindo denominação de Chiovenda. Apenas a cumulação eventual está expressamente regulada no art. 289.

Cuidemos primeiro da cumulação eventual (de um lado, a formulação de mais de um pedido; de outro, o prestígio da eventualidade), também chamada de pedidos subsidiários, pedidos sucessivos ou cumulação subsidiária, essa última denominação mais correta (por isso, será a adotada a partir de agora).69

Trata-se de aplicação da regra da eventualidade,7° segundo o qual a formulação das pretensões e exceções deve ser feita no momento específico da postulação.71 O autor 65. DINAMARCO, Cândido Rangel. lnstituiçc)es de direito processual civil, ll/168.

66. "Apenas quando a resci11dibilidade da sentença decorre da sua injustiça (v. g., art. 485, nº IX) é que o iudicium rescinde/IS funciona como prejudicial do iudici11111 rescissorium" (MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Comentários ao Código de Processo Civil, p. 205).

67. TJÀDER, Ricardo. Cumulação eventual de pedidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34-37.

68. Art. 289: "É lícito fomrnlar mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior".

69. Segundo lição de TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a

cumulação subsidiária de pedidos".

Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: RT, 2002, p. 282.

70. Barbosa Moreira identifica a cumulação subsidiária como exemplo do direito positivo nacional em que se permite imprimir caráter condicional a atos da partes. Lembra o autor que não há nomia genérica que regule a inserção de condição em ato processual. sendo o an. 289 exemplo que pode servir como fundamento para aqueles que entendam ser possível ato processual sob condição ("Recurso especial. Exame de questão de inconstitucionalidade de lei pelo Superior Tribunal de Justiça. Recurso extraordinário interposto sob condição", Direito Aplicado II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 264-266).

7 1 . Sobre a relação entre a preclusão e a cumulação subsidiária, amplamente, TUCCl, José Rogério Cruz e.

'·Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 283-284.

estabelece uma hierarqu ia/preferência entre os pedidos formulados: o segundo só será analisado se o primeiro for rejeitado ou não puder ser examinado (falta de um pressuposto de exame do mérito); o terceiro só será atendido se o segundo e o primeiro não puderem sê-lo etc. O magistrado está condicionado à ordem de apresentação dos pedidos, não podendo passar ao exame do posterior se não examinar e rejeitar o anterior. Nem mesmo se houver reconhecimento pelo réu da procedência do pedido subsidiário.72

A cumulação de pedidos incompatíveis entre si é caso de inépcia da petição inicial (art.

292, §1º, 1, c/c art. 295, par. ún, IV, CPC). Caso seja possível/interessante formulá-los, a técnica correta é a dos pedidos subsidiários. É possível que o autor esteja em dúvida sobre o acolhimento do pedido principal e, por isso, formule o outro, para o caso de não vingar o primeiro, sendo este aspecto frágil da inicial um ponto que fatalmente não passará sem a crítica do réu.73 Percebe-se, pois, que não se aplica à cumulação i mprópria o requisito da compatibilidade dos pedidos formulados, os quais jamais poderão ser acolhidos simultaneamente. Os demais requisitos gerais para a cumulação de pedidos (competência e identidade de procedimento) aplicam-se, no particular, sem qualquer especialidade.74

Importante observação de José Rogério Cruz e "fucei: "Seja como for, a incompatibilidade não significa que possam ser cumulados, na espécie aqui examinada, pedidos absolutamente autônomos quanto à sua gênese fático-j urídica. Na verdade, deverá haver um elo de prejudicialidade entre os pedidos, uma vez que o provimento jurisdicional de procedência do primário fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em relação ao pedido subsidiário. Desse modo, não se viabiliza o cúmulo subsidiário na hipótese de o autor reclamar o pagamento do preço decorrente da alienaçã.o de um automóvel e, subsidiariamente, na circunstância de ser rechaçado esse primeiro pedido, reivindicar ele a propriedade de um determinado imóvel".75

É instituto útil nas hipóteses de concurso de pretensões (ver item relacionado ao concurso de ações no capítulo sobre a teoria da ação). Trata-se de figura simétrica e oposta à da cumulação sucessiva.76 O valor da causa será o do pedido principal (art. 259, IV, CPC).

Acolhido o pedido principal, estará o magistrado dispensado de examinar o pedido subsidiário, que não ficará acobertado pela coisa julgada, exatamente por não ter sido examinado.77 Acaso o magistrado examine o pedido sucessivo per saltum, sem ter examinado o pedido principal, haverá errar in procedendo, impugnável pelo autor, em razão da preferência expressada na formulação dos pedidos. Não acolhido ou não examinado (acaso 72. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 287. Também assim STJ, 3 T., REsp 8.892-SP.

73. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, p. 255.

74. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 286.

75. TUCCl, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cil., p. 285.

76. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 14.

77. STF, 2 T., AI 1 94.653-0-SP-AgRg, rei. Min. Marco Aurélio, DJU 7.1 1 . 1 997, p. 57.243.

falte um pressuposto de admissibilidade de exame do mérito) o pedido principal, deve o magistrado examinar o pedido subsidiário, sob pena de sua sentença ser citra petita.18

E se o pedido principal for acolhido apenas parcialmente? Ricardo Tjãder19 e Cruz e Tucci80 defendem que o magistrado poderá passar ao exame do pedido subsidiário se for o caso de acolhê-lo integralmente, pois se presume que o interesse do autor estaria mais bem atendido com a total procedência do pedido

subsidiário do que com a parcial procedência do pedido principal.

Poderá o autor, ainda, recorrer da parte da decisão que rejeitar o pedido principal, mesmo que logre êxito no pedido subsidiário, pois, ao estabelecer a hierarquia, definiu o demandante o que lhe é mais interessante.81 Aqui, cabem as seguintes observações: a) seu recurso envolverá apenas u m capítulo da decisão;82 b) a análise do pedido subsidiário, que não foi impugnada por lhe ter sido favorável, não será devolvida ao órgão ad quem, salvo se houver recurso do réu, situação em que se repetirá, na segunda instância, o julgamento da causa, nos moldes em que apresentada na primeira; c) acaso seja provido o recurso do autor, restará prejudicada a sentença na parte em que acolheu o pedido subsidiário; não o sendo, prevalece o que fora decidido na sentença, em homenagem ao princípio da proibição da reformatio in peius. 83

Cruz e Tucci defende entende que se a sentença reconhecer a procedência do pedido principal, o tribunal não poderá, no julgamento da apelação do réu, dando a ela provimento, adentrar o exame do pedido subsidiário, porquanto somente o capítulo da decisão relacionado com o pedido principal é que foi devolvido ao órgão ad quem.84 Este entendimento, defendido no início dos anos 2000, possivelmente está superado pela interpretação extensiva do §3º do art. 5 1 5 do CPC, que permite ao tribunal julgar pedido não examinado em primeira instância (sobre o tema, v. 3 deste Curso).

A sucumbência total do autor, quando formula pedido sucessivo, só existirá se todos os seus pedidos forem rejeitados. Acolhido o pedido subsidiário, não haveria porque falar

-se em sucumbência parcial: cabe relembrar que, em demanda formulada com cumulação eventual, não é possível o acolhimento de mais de um pedido. Acolhido totalmente um dos pedidos, o autor é vencedor exclusivo.85 E, assim sendo, não é ele considerado vencido 78. STJ, 3 T., REsp 26.423-0-SP.

79. TJÂDER, Ricardo. Cumulação eve11111a/ de pedidos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37.

80. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos"., ob. cit., p. 287-288.

8 1 . "Neste caso, se a sentença acolher o pedido subsidiário, e não o principal. o autor pode apelar, porque não teve sua pretensão inteiramente acolhida".

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 200 1 , p. 378.

82. Identificando o pedido subsidiário como capítulo autônomo da decisão, ver o excelente trabalho de DINA

MARCO, Cândido. Capítulos da sentença. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 65-66.

83. Em sentido contrário, entendendo faltar ao autor interesse recursai quando o pedido subsidiário é atendido, TJÀDER, Ricardo. Cumulação evemual de pedidos, p. 98.

84. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos", ob. cit., p. 29 1 .

85. "Formulado pedido subsidiário pelo autor, para o caso de reconhecimento d a concorrência de culpas, os encargos de sucumbência hão de ser carreados por inteiro ao réu". (STJ, R.Esp 52. 750-3, rei. Barros Monteiro, publicado na RSTJ 7175, novembro de 1995, p. 390).

e não pode, em consequência, ser condenado ao pagamento de verbas sucumbenciais.86•87

Outra solução, para o caso de acolhimento do pedido subsidiário, em razão da rejeição do pedido principal, é entender que houve pequena sucumbência do autor. Assim, o valor da condenação em honorários advocatícios deverá ser fixado proporcionalmente, e não no teto de 20% previsto no art. 20 do CPC.

Agora a cumulação i mprópria alternativa.

Embora não haja, no direito positivo, previsão expressa e genérica da técnica da cumulação imprópria alternativa, têm-na aceitado a doutrina e a jurisprudência, a partir de uma interpretação mais elástica do art. 289. Consiste na formulação, pelo autor, de mais de uma pretensão, para que uma ou outra seja acolhida, sem expressar, com isso, qualquer preferência. É cumulação imprópria, pois somente um dos pedidos formulados poderá ser atendido.

Diferencia-se da cu mutação eventual, porque nesta o autor demonstra preferência em relação a um dos pedidos. Não se trata do pedido alternativo do art. 288, que é pedido único, fundado em obrigação alternativa (que se caracteriza por permitir o adimplemento por mais ele uma forma).88 Aqui, são no mínimo dois pedidos autônomos, formulados para que se acolha apenas um deles. Conquanto não haja norma genérica, vislumbra-se situação específica de cúmulo alternativo na consignação em pagamento: na dúvida, pode o autor dirigir-se a duas pessoas, por não saber a qual elas duas se acha jurid icamente ligado (art. 895, CPC), requerendo o devedor o depósito e a citação dos que disputam o crédito. Ao julgar a controvérsia entre os dois réus, decidirá o juiz qual deles era o legitimado perante o autor.89

O valor da causa será o do pedido que tiver o maior valor (art. 259, I II , CPC).

Acolhido um dos pedidos alternativos, não terá o autor interesse para interpor recurso com o objetivo de acolhimento do outro.90 Diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, pois não houve determinação da preferência entre os pedidos, considera-se que abriu mão o demandante de questionar a escolha do magistrado por esse ou aquele pleito. O acolhimento de um e a rejeição do outro também não implicam sucumbência parcial do autor, pelos mesmos argumentos já expostos em relação à cumulação subsidiária.

Cumpre assinalar que, como o recurso é "simples aspecto, elemento, modal idade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo",91 aplicam-se, por analogia, 86. TJÃDER, Ricardo. Cumulação even111al, p. 9 1 .

87. Em sentido contrário, com base cm Yusser Said Cahali, STJ, REsp 1 93.278-PR, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ 1 0.06.2002, p. 201. Ver, neste acórdão, belíssimo voto-vista de divergência da Min. Nancy Andrighi, adotando posição semelhante à ora exposta.

88. Tratando o pedido alternativo como se fosse cumulação alternativa, Ricardo Tjiider, Cumulação evenlual, p. 35.

89. DINAMARCO, Cândido Rangel. Lítisconsórcio. 5 cd. São Paulo: Mnlheiros, I 998, p. 393.

90. Também nesse sentido, Cândido Dinamarco, lnslit11ições de Direi/o Processual Civil, ob. cit., Ili! 7 1 .

9 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comenlários ao Código de Processo Civil. 1 O ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. V, p. 236.

à demanda recursai, as técnicas de postulação inicial, como a cumulação de pedidos e os pedidos subsidiários. É muito comum o recorrente pedir, por exemplo, a anulação da decisão recorrida ou, se assim não entender o tribunal, a sua reforma.

5.3.3. Cumulação inicial e cumulação ulterior

A cumulação de pedidos pode ser inicial, quando veiculada no ato que

originariamente contém a demanda, ou ulterior, quando a parte agrega novo pedido à sua demanda após a postulação inicial, já no curso do processo. É cumulação ulterior o aditamento permitido da petição inicial (art. 294 do CPC). Um outro exemplo de cumulação ulterior é o ajuizamento pelo autor de ação declaratória incidental,92 mesmo aquela que objetiva o reconhecimento da falsidade de documento.

Não se deve confundir a cumulação de pedidos ulterior, que é espécie, com a ampliação objetiva ulterior do objeto do processo, que é gênero. O objeto do processo pode ser ampliado sem que se possa falar de cumulação de pedidos (um mesmo sujeito formulando vários pedidos para acolhimento conjunto), como ocorre com a reconvenção, a ação declaratória incidental proposta pelo réu, o pedido contraposto, a oposição (art.

59, CPC), a denunciação da lide formulada pelo réu etc.

Alguns autores consideram que qualquer ampliação objetiva ulterior implica cumulação ele pedidos ulterior. Assim, seria a reconvenção, p. ex., h ipótese de cumulação ele pedidos superveniente. Também seria cumulação ulterior a reunião de causas conexas pela causa de pedir (arts. 103/105 do CPC).

Fala-se, então, em cumulação homogênea, quando os pedidos forem formulados pela mesma parte, e cumulação heterogênea ou contrastante, quando os pedidos forem formulados por partes distintas, como é o caso da cumulação pela reconvenção ou denunciação da lide promovida pelo réu.93 Nesta linha, cumpre advertir, não se aplica à cumulação heterogênea o requisito da compatibilidade dos pedidos.

5.3.4. Requisitos para a cumulação

A cumulação de pedidos deve preencher alguns requisitos, sob pena de não ser admitida. Como já salientado, a cumulação indevida de pedidos não pode implicar indeferimento da petição inicial sem que se dê ao demandante oportunidade de corrigir o vício. Vejamos os requisitos que o legislador impôs para admitir a cumulação de pedidos, encontráveis no art. 292 do CPC.

a) Competência

Somente é possível a cumulação se o juízo tiver competência absoluta para conhecer de todos os pedidos formulados. "Caso tenha competência para um e

não tenha para o outro, não poderá haver cumulação"-"4

92. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 14.

93. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, p. 645.

94. '\JERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, p. 645.

PETIÇÃO INICIAL

É o que pode ocorrer quando se formulam pedidos, em cumulação simples, contra litisconsorles facultativos, sendo que um deles goza de juízo privativo, como a União e demais entes públicos.95

Não deve o magistrado indeferir totalmente a petição inicial, se ocorrer cumulação de pedido que fuja da sua competência; deve admitir o processamento do pedido que lhe é pertinente, rejeitando o prosseguimento daquele estranho à sua parcela de jurisdição. Esse é o sentido do correto

enunciado 170 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: "Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites de sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio".

Se a cumulação envolver pedido para cujo processamento o juízo não tenha competência relativa, o desmembramento da petição inicial dependerá de propositura da exceção de incompetência do réu.96 No entanto, se entre os pedidos houver conexão, é possível a cumulação, mesmo que o juízo seja relativamente incompetente para processar/julgar um deles, em razão do efeito modificativo da competência que decorre da conexão (art. 105 do CPC). Não poderá o réu opor-se a tal cumulação.97 É por isso que se admite a cumulação, no mesmo processo, de pedido de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel (competência relativa) com o pleito reivindicatório do mesmo bem (competência absoluta).

b) Compatibilidade dos pedidos

Também é requisito para a cumulação de pedidos que eles sejam compatíveis entre si. Trata-se de pressuposto lógico da cumulação, que, se não preenchido, implica inépcia da petição inicial por força do art. 295, par. ún., I V, CPC. Se for possível a formulação de pedidos incompatíveis, deve o demandante valer-se da técnica da cumulação imprópria (eventual ou alternativa), que, como visto, dispensa a compatibilidade dos pedidos, exatamente porque se espera o acolhimento de apenas um deles. A incompatibilidade dos pedidos decorre do direito material, razão pela qual alguns autores usam a expressão

"incompatibilidade substancial".98

Exemplos de cumulação de pedidos incompatíveis: a) revisão e nulidade do contrato; b) resolução e abatimento do preço (ação redibitória e quanti minoris); c) complementação da área e resolução do contrato; d) nulidade e resolução do contrato.

c) Identidade do procedimento ou conversibilidade no rito ordinário 95. Nesse sentido, interessante suscitar o Enunciado n. 2 1 do FONAJEF - Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais de 2 1 . 1 0.2005. Enunciado n. 2 1 : "As pessoas físicas, jurídicas, de direito privado ou de direito público estadual ou

municipal, podem figurar no polo passivo, no caso de lilisconsórcio necessário".

96. ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, p. 266. Também assim, Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, p. 202; GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, v. 2, p. 105.

97. ASSIS, Araken ele. Cumulação de ações, item 266. Também assim, Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, p. 203.

98. ASSIS, Araken de. Cumulaçcio de ações, item 263.

Exige-se ainda, para a admissibil idade da cumulação, uma compatibilidade procedimental entre os pedidos formulados. Se todos puderem ser processados pelo rito ordinário, não haverá problema. Se houver cumul ação entre um pedido que seria processado pelo rito sumário com outro que se valeria do ordinário, também não haverá problema, pois ambos são hipóteses de procedimento comum.

Costuma-se dizer que não é possível a cumulação de pedidos relacionados a

processos diferentes (cumular pedido cautelar com pedido de certificação, p. ex.). A regra do art. 273, § 7°, CPC, consagrou inequivocamente a possibilidade de cumulação de pedido de conhecimento e pedido cautelar, conforme será demonstrado nas anotações sobre a antecipação da tutela. Por outro lado, essa impossibilidade a que se refere a doutrina está muito mais relacionada com os diversos procedimentos a que corresponde cada tipo de processo do que propriamente a uma inviabilidade em tese de cumularem-se pedidos nestas hipóteses. Como ao pedido de tutela executiva de pagamento de soma, fundado em título executivo, corresponde um tipo de procedimento totalmente incompatível com o procedimento relacionado ao pedido de cobrança (demanda de rito ordinário), não se poderia admitir a cumulação em tais casos.

Duas são, contudo, as situações-problema: a) cumulação de um pedido de rito especial com um pedido de rito comum; b) cumulação de pedidos de ritos especiais diferentes.

Nesse caso, permite o legislador que a cumulação seja feita, desde que seguindo o rito ordinário. É a regra.

Sucede que a solução não é tão simples. H á procedimentos especiais que não podem ser convertidos ao rito ordinário. Esse é o ponto-chave para a verificação da admissibil idade de cumulação de pedidos nessas hipóteses: saber se o procedimento especial é ou não é redutível ao procedimento ordinário.

Sabe-se que, em nosso sistema processual, vige a regra da indisponibil idade do procedimento, segundo a qual as partes não podem alterar a espécie procedimental prevista para determinada situação litigiosa, pois é tarefa do legislador construir os caminhos por meio dos quais será exercida a tutelajurisdicional.99 O exemplo marcante da prevalência da regra é o art. 295, V, CPC, que cuida do indeferimento da petição inicial por escolha inadequada do procedimento.

Por vezes, o legislador oferece ao autor mais de um procedimento apto a servir de conduto da tutela jurisdicional que pleiteia. Há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência.

Assim, determ inada pretensão, que poderia ter sido proposta via procedimento especial, poderá ser formulada via procedimento comum. São eles os

procedimentos 99. "É, também - e por essa mesma razão - uma exigência de ordem pública, na medida em que o Estado não quer aventurar-se em procedimentos menos seguros e de duvidosos resultados prálicos. Daí ter construído um sistema de procedimentos diferenciados entre si e destinado cada um deles a uma situação prevista em lei.

Trata-se de matéria de pma ordem pública, que não deve ficar à mercê da vontade das pmtes". (DINAMA.RCO, Cândido Rangel. lnstil11ições de Direito Process11al Civil. São Paulo: MaU1ciros Ed., 2001, v. 11, p. 460).

não-obrigatórios, opcionais, porquanto possam ser dispensados pelo autor. A eles se aplica i rrestritamente a regra da conversibilidade do procedimento em ordinário, em caso de cumulação de pedidos, prevista no art. 292, §2º, CPC. São exemplos: mandado de segurança, possessórias, monitória etc. Tem o autor, nestes casos, "a faculdade de optar pelas vias ordinárias (o processo comum regido pelo Código de Processo Civil) e com isso renunciar aos benefícios do processo especial".[oo]

Outros procedimentos especiais, no entanto, são criados com objetivo precípuo de atender a determinado interesse público, normalmente envolvendo direitos indisponíveis.'º' Estes procedimentos são obrigatórios, inderrogáveis pela vontade do autor, que não pode deles abrir mão, optando pelo rito ordinário. A estes procedimentos não se aplica a regra da conversibilidade antes mencionada. Aquela pretensão material, tipicamente prevista para ser tutelada pela via de determinado procedimento especial, não pode ser veiculada por qualquer outro procedimento, nem mesmo em cumulação de pedidos.

Assim, não pode o autor cumular um pedido, que seria processado por uma via especial obrigatória, com outro, qualquer que seja o procedimento a ele pertinente.

São exemplos: inventário e partilha, interdição, usucapião, procedimentos especiais de jurisdição voluntária, desapropriação, ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis etc. Nestas hipóteses, vale plenamente a regra da indisponibilidade do procedimento.

É por isso que se não pode admitir a cumulação de pedidos em ação coletiva, envolvendo improbidade administrativa e outro direito difuso, em razão do procedimento especial do tipo obrigatório previsto para a tutela daquela primeira questão (Lei Federal n. 8.429/92).

Há quem admita a cumulação de pedido de jurisdição contenciosa com pedido de jurisdição voluntária, salvo manifesta incompatibilidade.102

5.4. Ampliação da demanda

Salvo os casos em que se admite pedido implícito, incumbe ao autor formular na petição inicial todos os pedidos que puder contra o réu. Poderá o autor, contudo, aditar a petição inicial antes da citação, desde que arque com as custas do aditamento (art. 294 do CPC).1º3

Note-se que há um descompasso, injustificado, com a norma que permite a alteração do pedido, que pode ser feita depois da citação, com o consentimento do réu (art. 264, ver abaixo).

As críticas ao rigor formal são inúmeras, abordadas no item a seguir, após os comentários à possibilidade de alteração do pedido.

1 00. DINAMARCO, Cândido Rangel. lns1i111ições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , V . !l, p . 46 J .

1 0 1 . A intervenção obrigatória do Ministério Público é um sinal ostensivo da indisponibilidade do procedimento.

102. GRECO, Leonardo. Jurisdição voluntária modema. São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

103. Arl. 294: "Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa".

fREDIE DIDIER JR.

Embora a norma vise impedir, de certo modo, a ampliação do objeto do processo com o acréscimo de novo pedido, há inúmeras situações em que o objeto do processo é ampliado u lteriormente: a) reconvenção; b) pedido contraposto; c) oposição; d) denunciação da lide; e) ação declaratória incidental.

5.5. Redução da demanda

Barbosa Moreira muito bem sintetizou as hipóteses de redução do pedido: a)

desistência parcial; b) renúncia parcial ao direito postulado; c) transação parcial na pendência do processo; d) convenção de arbitragem relativa a parte do objeto do litígio, na pendência do processo; e) interposição, pelo autor, de recurso parcial contra a sentença de mérito desfavorável .104 Frise-se que, nesses casos, o processo continua em relação à parte restante do mérito e as decisões que homologuem tais atos, em juízo singular, serão interlocutórias e, não, sentenças.

5.6. Alteração objetiva da demanda

É direito processual do autor promover a alteraçã.o (substituição) dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu (art. 264 do CPC).1º5

Após a citação, o autor somente poderá fazê-lo com o consentimento do demandado, ainda que revel (art. 321 do CPC), que terá novo prazo de resposta, pois a demanda terá sido alterada. Trata-se de verdadeiro negócio jurídico processual (categoria que aceitamos).'º6

A negativa do réu deve ser expressa, pois o silêncio, após intimação da proposta de mudança, poderá ser interpretado como concordância tácita, operando-se a preclusão (art. 245, CPC).'º7 Há entendimento segundo o qual a mudança objetiva ex officio pelo magistrado deve ser impugnada, sob pena de operar-se a preclusão.!08

Após o saneamento, é vedada qualquer alteração objetiva promovida pelo autor, mesmo com o consentimento do réu. Em razão disso, não se pode alterar objetivamente o processo em fase recursai, até mesmo para que não haja supressão de instância. A única alteração objetiva do processo possível após o saneamento é a que ocorre em razão da oposição i nterventiva (art. 59, CPC), que, além de ser promovida por terceiro, deverá ser feita até o i nício da audiência de i nstrução e julgamento (sobre a distinção entre oposição 104. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 12-13.

1 05. "Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas parles. salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

1 06. Contra a existência de negócio jurídico processual, Enrico Tullio Liebman.

Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 986, p. 221 e segs.

1 07. "Apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o Fundamento, é de admitir-se que consentiu na alteração. Incidência da ressalva contida no art. 264 do CPC". (STJ, 3• T., Resp 2 1 .940-5-MG, rei. Min. Eduardo Ribeiro, DJU

08.03. 1 993, p. 3 . 1 14, colhida por Theotônio Negrão, Código de Processo Civil, nota. 1 Oa ao art. 264, CPC).

1 08. "Constitui nulidade relativa a alteração do pedido ex officio pelo juiz. Caso não haja impugnação oportuna, ocorre preclusão". (JTA 90/341 ; colhida e anotada por Nery Jr. e Nery, Código de Processo Civil Comemado e legislaçcio processual civil em vigor, p. 706).

		Depois

interventiva e oposição autônoma, ver o capítulo sobre intervenção de terceiro). Trata-se de dispositivo legal que compõe o quadro das normas que regulam a

estabilização do processo, junto com os arts. 87 e 294 do CPC.

Depois da citação

Antes da citação

do saneamento

e antes do saneamento

Permite-se a alteração objeti-

Permite-se a alteração objeti-

Não se permite alteração obje-

va da demanda.

va da demanda, desde que o tiva da demanda.

réu concorde.

Art. 284 do CPC

Art. 264 do CPC

Art. 294 do CPC

Emenda da inicial.

Alteração da inicial.

Aditamento da inicial.

Observadas estas regras, é possível a alteração do objeto imediato ou mediato do pedido.w9 Eventuais correções de erros materiais da demanda podem ser feitas a qualquer tempo.110

Há d ispositivos normativos no próprio Código de Processo Civil que mitigam o rigor da estab i lidade objetiva: arts. 303, 321, 462, 475-N, I I I , 5 1 7, todos permitindo certas inovações na causa, notadamente no que diz respeito ao aporte

de fatos novos que podem influir no j ulgamento do mérito.

Cabem, no particular, algumas críticas ao legislador.

Não se nega importância à estabil idade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prej uízo deverá ser verificado in concreto e não presumido pelo legislador.

A rigidez deste artigo coaduna-se com o espírito das legislações do século XIX, denotando formalismo desnecessário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra de alguns dispositivos do direito estrangeiro, que podem servir como referência: a) legislação processual alemã, onde se permite a modificação da demanda, independentemente da anuência do adversário, se entendido estar presente o requisito da util idade para a causa; b) legislação processual austríaca, que autoriza o magistrado a permitir a modificação da demanda se não conduz ao "agravamento" do desenvolvimento do processo; c) extenso regramento do Código de Processo Civil Português sobre o assunto (arts. 270-273), que permite a modificação/ampliação consensual do pedido ou da causa de pedir em qualquer altura do processo, salvo se ocorrer perturbação inconveniente da i nstrução, d iscussão 109. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, p. 1 3 .

1 10. Dinamarca, Instituições .... ob. cit., 11/69; Arruda Alvim, Manual de direito processual civil. 7 ed. São Paulo: RT, 200 1 , v. 2, p. 352-353.

e julgamento do pleito.1I1 Percebe-se que a análise da utilidade/viabilidade da alteração do objeto do processo deve ser transferida ao magistrado, que as verificará em cada caso concreto que lhe for submetido. Parte-se de premissa exatamente contrária à nossa: é i nteressante, a princípio, a alteração consensual, salvo se não o for concretamente.

A regra do art. 475-N, III, CPC, segundo a qual é possível a i nclusão, na conciliação judicial, de objeto estranho ao processo, enfraqueceu a preclusão

determinada neste artigo, pois é i negável que, agora, é possível a inclusão consensual de novo pedido/causa de pedir- antes ou após a citação, pouco i mporta o momento (art. 125, IV, CPC) -, ainda que apenas para ser objeto de um acordo judicial.

É possível alterar, antes da citação do réu, o procedimento escolhido? E o processo?

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Edson Ribas Malachini mencionam - a partir da conjugação deste dispositivo com o do art. 284, CPC - a possibilidade de ser alterada a petição inicial, antes da citação do réu, ao fito de modificar o procedimento - e até mesmo o tipo de processo - outrora escolhido por outro mais adequado a "res in judicio deducta".112

Embora não seja a concepção dominante, é a mais correta. Quando se está na fase inicial do processo; quando os erros podem ainda ser muito mais eficazmente corrigidos; quando a petição inicial pode ser emendada (art. 284), adaptada "ao tipo de procedimento legal"; quando se permite que o autor livremente mude o pedido ou a causa de pedir (art. 264), não há porque deixar de permitir a alteração procedimental. O legislador processual escolheu como critérios para concreção do sistema da estabilidade do processo a possibilidade de modificação dos elementos da causa.

É por isso que, com o passar dos atos compreendidos na fase postulatória, vão-se diminuindo as possibilidades de alteração daqueles elementos (partes, causa de pedir e pedido), até chegar ao saneamento do processo, quando qualquer modificação dos mencionados elementos é impossibilitada - salvo pela assistência (art. 50, par.

ún., CPC) e pela oposição interventiva. Assim sendo, não há qualquer óbice para

- depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido - se adotar um outro procedimento. Na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, pois nessa fase vige expressa permissão legal de transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir), bem como não haveria qualquer prejuízo para o demandado.m Edson Malachini vislumbra a conversão, inclusive, de processo de execução em processo de conhecimento.114

l l l . Efelividade e processo de conhecimento, p. 6 1 -62.

l l 2. "Atendendo a determinação judicial, é lícito à pane alterar a inicial, de modo a converter ação possessória em petitória, sem empeço de haver sido a ré citada para audiência de justificação de posse, que não se realizou, seguindo-se nova citação." (RSTJ 59/399, colhida por Theotônio Negrão, Códígo de Processo Civil, nota. l a ao art. 264, CPC).

1 13. Ver MALACHINI, Edson Ribas. Da Conversibilidade de 11111 Processo em Outro, por Emenda à Pelição Inicial. Jurisprudência Brasileira 1 63/36-43; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1 997, p. 145 e segs.

l 1 4 . MALACHJN l, Edson Ribas. Da Conversibilidade de 11111 Processo em Outro, por Emenda à Pe1ição fniciali, ciL, 163/39; a favor, ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Doformalismo no processo civil. ciL, p. 145.

PETIÇÃO INICIAL

5.7. Espécies de pedido

5. 7.1. Petlido genérico

O pedido tem de ser determinado, conforme visto. Permite a lei, em alguns casos, a formulação de pedido genérico (art. 286 do CPC). Determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser genérico em relação à quantidade. No tocante ao an debeatur será determinado; em relação ao quantum debeatur, será indeterminado.

Trata-se de h ipótese de pedido relativamente indeterminado, pois.115 Não se pode, p. ex., pedir a condenação a qualquer prestação. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou à qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas.116 Pedido genérico formulado em h ipótese não admitida implica inépcia da petição inicial (art. 295, par. ún., 1, do CPC).117

Três são as situações em que se admite o pedido genérico, todas previstas no art. 286

do CPC. Essas hipóteses são excepcionais, "devendo por isto mesmo ser interpretadas restritivamente".118

Admite-se pedido genérico nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados (art. 286, l, do CPC). Ações universais são aquelas em que a pretensão recai sobre uma universalidade, seja ela de fato ou de direito. A petição de herança é exemplo de ação universal.

Art. 90 do CC-2002: Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Ex.: rebanho, coleção de livros de uma bibl ioteca etc.

Art. 91 do CC-2002: Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Ex.: patrimônio, espólio, massa falida etc.

Pode o autor formular pedido genérico nas ações indenizatórias em razão de ato ou fato ilícito, quando não for possível determinar, de modo definitivo as consequências danosas (art. 286, Il, do CPC). "Neste caso, o juiz poderá levar em consideração fatos novos ocorridos depois da propositura da ação, para que possa proferir a sentença",119

que deve refletir o montante dos danos existente à época da sua prolação. Trata-se da h ipótese mais frequente de pedido genérico.

127. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 172. A indeterminação do pedido não pode ser absoluta (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, lY/35).

1 28. THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 32 ed. Rio ele Janeiro: Forense, 2000, p. 320.

129. "É inepta a inicial se o autor se limita a pedir que o réu seja condenado 'nas penas previstas na lei'."

(NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, nota 2' ao art. 286, p. 375).

130. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 8 ecl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. l, p. 3 1 7.

1 3 l . NERY JR., Nelson, NER Y, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 642.

fREDIE ÜJDIER JR.

Muito embora não precise quantificá-lo, o autor deverá especificar o prejuízo sofrido. Afirma Humberto Theodoro Jr.: "Expressões vagas como 'perdas e danos'

e 'lucros cessantes' não servem para a necessária individuação do objeto da causa.

Necessariamente deverá ser descrita a lesão suportada pela vítima do ato i lícito,

v. g.: prejuízos (danos emergentes) correspondentes à perda da colheita de certa lavoura, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade . . . "12º

Não há razão para associar o dever de indenizar somente aos atos ilícitos. Trata-se de um vício muito frequente, que acaba por confundir o fato jurídico com o seu efeito. É possível que atos lícitos tenham por eficácia, também, o dever de indenizar.

São inúmeros os exemplos: a) atos lícitos da administração, como a construção de um viaduto, podem gerar a dever de indenizaras administrados que se prejudicaram e que não poderiam arcar sozinhos com o ônus do benefício de todos; b) a legítima defesa e o exercício regular do direito são atos lícitos (art. 188 do CC-2002), mas podem gerar o dever de indenizar (art. 929 do CC-2002); c) Danos causados pelas empresas ferroviárias a quem não seja passageiro ou remetente de carga: o tráfego de trem é ato l ícito, mas se, p. ex., uma faísca que surja do contato das rodas com os trilhos vier a provocar um incêndio em plantações marginais, esse dano deverá ser ressarcido e não terá havido ato ilfcito.121

Assim, a melhor compreensão do art. 286, 11, do CPC, é a de que ele se refere às ações indenizatórias tout court, independentemente de a causa de pedir lastrar-se em ato lícito ou ilícito.

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial?

A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a "dor moral" que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta "dor" poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R$1 ,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar de interesse recursai.

Somente é possível a i 1 iquidez do pedido, nestas hipóteses, se o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem); aplicar-se-ia, então, o inciso II do art. 286 aqui comentado.

Fora desta h ipótese, incabível a formulação de pedido ilíquido.

1 32. THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processuol Civil. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320.

133. Exemplos de atos lícitos de eficácia indenizante podem ser lidos em Marcos Bernardes de Mello (chamados pelo autor de atos-fatos indenizantes), Teoria do Fato Jurídico. 1 0 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1 1 5.

PETIÇÃO INICIAL

Joel Dias Figueira Júnior abordou com precisão o tema: "Muitas vezes, o pedido de condenação (objeto imediato) do réu (pedido certo) por danos morais, decorrentes da morte de um ente querido, não está na dependência de qualquer elemento probatório para a sua fixação (determinação), em que tristeza e o sofrimento pela perda irreparável da pessoa amada aparecem de forma ínsita na própria relação de direito material violada, em face do ilícito civil praticado. Nesses casos, arbitrar o valor perseguido com a demanda é um ônus processual do postulante, não podendo ser relegado, em princípio, para fase processual

posterior ou remetido para estipulação, de acordo com o prudente critério do julgador. (.. .) Em situações como essa e outras similares, não é função do Estado-juiz fi xar o valor da indenização mediante o seu 'prudente critério' (conforme chavão forense), porquanto a expressão representa nada menos do que um pedido de julgamento por equidade (critério equitativo), vedado como regra e só admitido nos casos previstos expressamente em lei (art. 127, CPC)".122

O STJ admitiu, contudo, embora sem grandes argumentos, a formulação de pedido genérico em demandas de ressarcimento de dano moral: REsp 125.417-RJ, j.

26.06.1997, rei. Min. Eduardo Ribeiro; REsp 175.362-RJ , j . 07.10.1999, rei. Min.

Aldir Passarinho Jr.

Permite-se, ainda, pedido genérico quando a condenação depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 286, III, do CPC), como na h ipótese da ação de prestação de contas cumulada com o pagamento do saldo devedor.

5. 7.2. Pedido alternativo

Pedido alternativo é aquele que reclama prestações disjuntivas. Trata-se de tipo de pedido classificado a partir de dada relação de direito substancial, que permite a satisfação do direito por prestações autônomas e excludentes. Seu estudo diz mais respeito ao direito material, cuidando a legislação processual, tão-somente, de regulamentar a postulação em juízo destas obrigações. O pedido será alternativo quando veicular pretensão oriunda de obrigação alternativa, facultativa ou com faculdade de substituição.123 Está regulado no art.

288 do CPC. 124

134. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2001, vol. 4, tomo 2, p. 92-93. No mesmo sentido, Nery Jr. e Nery: "2. Dano moral. Nas ações de indenização por dano moral ou à imagem (v.g., CF 5.0 V e X), o pedido deve ser certo e determinado, fixado pelo autor. Não se deve deixar para o perito judicial a fixação do quantum, na indenização dos danos extrapatrimoniais". (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor. 6 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 642). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro, julgando agravo de instrumento interposto contra decisão que, dentre outras coisas, rejeitou preliminar de inépcia da petição inicial decorrente de formulação de pedido genérico manifestou-se nos seguintes termos (Agln 99.002.03350- 13" Câm. -TJ RJ -j. 25. 1 1 . 1 999 - rel.

Des. Júlio César Paraguassu - DORJ 08.06.2000).

1 35. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ... , p. 1 90. Orlando Gomes aponta para a correção da terminologia: "A expressão obrigação facultativa é manifestamente imprópria, por indicar a possibilidade de não ser cumprida ao arbítrio do devedor, o que seria absurdo. A doutrina alemã prefere designá-la obrigação com faculdade alternativa, ou com faculdade de solução, ou ainda com faculdade de substituição". (GOMES, Orlando. Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 972, p. 92).

136. Art. 288: "O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo".

fREDIE ÜIDIER JR.

Não se trata de cumulação de pedidos (nem da chamada cumulação alternativa, vista linhas atrás): somente um pedido é feito; a forma de satisfação desse pedido é que é d isj untiva.125

Consideram-se as obrigações alternativas como compostas, pois há previsão de mais de uma prestação como forma de extinção da obrigação (arts. 252-256 do CC-2002): plures sunt in obligatione, una autem in solutione.126 Opõem-se às obrigações cumulativas, em que se exigem do devedor várias prestações.127 As

chamadas obrigações facultativas são obrigações simples, que muito se assemelham às alternativas, mas apenas sob a ótica do devedor, que poderá eximir-se da obrigação efetivando qualquer das prestações possíveis; tem ele a faculdade de escolha da prestação a ser cumprida, embora somente uma delas seja a devida: existem uma prestação in obligatione e uma infacultate solutione. O Código Civil de 2002, assim como o de 1916, nlio cuidou expressamente delas.128 A diferença entre as modalidades de obrigação reside no fato de que nas facultativas a segunda prestação é acessória, se a primeira perecer, perecerá a obrigação; nas alternativas, a obrigação só perece se ambas perecerem. Cumpre advertir que a prestação in Jacu/tale solutione não pode ser exigida pelo credor, que não tem sobre ela direito de crédito.129 Nas obrigações alternativas, ao contrário, todas as prestações podem ser exigidas, cabendo a escolha ao credor ou devedor, conforme seja.

Se a escolha da prestação couber ao autor, não haverá pedido alternativo: será fixo, pois o autor ao formulá-lo fez a sua escolha. Poderá o autor reservar-se para escolher na fase de execução (mesmo em se tratando de obrigação de fazer, não fazer ou dar, cujo cumpri mento da respectiva sentença dispensa processo autônomo de execução; ver item abaixo), formulando pedido alternativo.130

Mesmo se o autor formular pedido fixo, nas hipóteses em que a escolha da prestação coubesse ao réu, deverá o juiz assegurar ao demandado o direito de escolha (parágrafo único do art. 288, CPC). "É que não seria lícito a uma parte, unilateralmente, arrogar

-se o ius eligendi pertencente à outra".'31 Mas cabe ao réu a iniciativa de salvaguardar o seu direito de substituição, fazendo-a na contestação, não podendo o magistrado agir de ofício.132

137. Neste sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. li!, p. 1 89; ASSIS, Arakcn de C11111ulação de ações. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 246. Tratando o tema como cumulação alternativa, DfNAMARCO, Cândido Rangel. Instituições ... , ob.

cit., !UI 70-1 7 1 .

138. Sobre o regramento das obrigações alternativas no Código Civil d e 2002, ver com proveito GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FCLHO, Rodolfo.

No1•0 Curso de Direito Civil. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, v. li, p. 89-93.

139. ASSlS, Araken de. Cumulação de ações. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 245.

140. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FlLHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Obrigações.

São Paulo: Saraiva, 2002, v. 11, p. 94.

14 l . GOMES, Orlando.Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, l 972, p. 93.

142. MORElRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. l2.

143. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.

144. CALMON DE PASSOS, Comemários ao Código de Processo Civil, ob. cit., p. 192.

PETIÇÃO fNlCIAL

E se o réu for revel, tendo o autor formulado pedido fixo, quando a escolha caberia ao demandado? Calmon de Passos responde o questionamento: "Não nos parece que a revelia descaracterize a natureza da obrigação. Ela conduz à admissibilidade dos fatos, não à constituição de fatos jurídicos novos, nem à descaracterização do fato j urídico título da demanda. Consequentemente, ao revel deve o juiz condenar, deferindo-lhe o direito de escolha, se o autor formulou pedido fixo quando deveria tê-lo posto como alternativo".133

Não se aplica às demandas de pedido alternativo o disposto no art. 259, III, CPC, que cuida da hipótese de cumulação alternativa, em que há mais de um pedido. Aqui, conforme visto, cuida-se de pedido único e, pois, de "um só valor a considerar, porquanto entre as alternativas de solução inexiste diferença quantitativa, podendo-se falar apenas em diferença qualitativa".134

5. 7. 3. Pedido cominatório

O art. 287 do CPC'35 permite que o autor peça ao magistrado que comine multa ao réu para o caso de descumprimento de decisão, provisória ou definitiva, que lhe imponha um fazer, um nã.o-fazer ou um dar coisa distinta de dinheiro. Trata-se de artigo cujo texto foi alterado pela Lei Federal n.º 1 0.444/2002.136

As mudanças efetivadas no art. 287, CPC, tiveram por objetivo promover a sua adequação ao novo regramento da tutela jurisdicional das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, as quais, conforme os d ispositivos dos arts. 461 e 461-A do CPC, a princípio, deverão ser efetivadas na forma específica e nos moldes ali previstos. Trata

-se de alterações que operaram um aperfeiçoamento técnico do Código, sem maiores repercussões, contudo, na prática forense.

O novo texto deste dispositivo apenas consagrou, corrigindo, aquilo que já se via/vê na prática. Repitamos: embora se trate de alteração lastrada na melhor técnica jurídica, não importará qualquer mudança na atividade forense.137

A correta compreensão do artigo pressupõe o exame cuidadoso das mudanças nele efetivadas. Eis as principais alterações, com a breve, mas correta, justificativa dos 145. CALMON DE PASSOS, Comentários ao Código de Processo Civil, ob. cit., p. 192.

146. CALMON DE PASSOS, Comentários ao Código de Processo Civil, ob. cit., p. 1 90.

147. Art. 287. "Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer corninação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461 , § 4°, e 461 -A)."

148. Eis a redação antiga do art. 287: "Se o autor pedir a condenação do réu a

abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da peti

ção inicial a com inação da pena pecun i {1ria para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)".

149. Há quem simplesmente sugira a extinção do ar!. 287, CPC, que "não faria falta". (WAMBIER, Teresa e WAMBLER, Luiz Rodrigues. Breves comentários à 2"/ase da Reforma do Código de Processo Civil. 2

ed. São Paulo: RT, 2002, p. 82).

autores da reforma (acrescentamos anotações nos pontos mais importantes), que consta da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 3.476/2000, convertido na Lei Federal n.

1 0.444/2002:

"Assim, é excluída a menção à "condenação", que tecnicamente implica um posterior processo de execução, não adequado às sentenças mandamentais e

executivas lato sensu; (•) a expressão 'prestar fato que não possa ser realizado por terceiro', é resumida simplesmente para 'prestar fato', pois também as obrigações de fazer fungíveis devem ser abrangidas pela norma legal;!b> (e> a expressão "constará da petição inicial a cominação" é alterada para "poderá requerer", porquanto a pena pecuniária pode ser imposta de ofício, como expressamente prevê o art. 461, §

4º;(d) por fim, é aditada ao artigo, in fine, a expressão "ou da decisão antecipatória da tutela", dado que a pena também pode ser cominada pelo não cumprimento de liminar, como, aliás, está no citado § 4° do art. 461".(•l

(a) A tutela jurisdicional das obrigações de fazer, nã.o fazer e a de entregar coisa não mais se efetiva por sentença condenatória, que pressupõe processo de execução posterior.138 Atualmente, é absolutamente atécnico falar-se, por exemplo, de "sentença condenatória de obrigação de fazer", ou "de não fazer", ou "de entregar coisa" (distinta de dinheiro), pois tais obrigações são efetivadas ou por provimentos mandamentais ou por provimentos executivos.

Urge lembrar, ainda, que a tutela jurisdicional dos direitos a uma prestação (direitos que têm por objeto o cumprimento de uma prestação pelo sujeito passivo, concernente em um fazer, não-fazer ou dar) pode efetivar-se judicialmente por uma de três técnicas: a) condenação, que pressupõe futuro e autônomo processo de execução; b) mandamental: efetivação por coerção, ordem; c) provimento executivo: execução por sub-rogação. A técnica condenatória, encarada sob essa acepção, deixou de existir com a edição da Lei Federal n. 1 1 .232/2005, conforme examinado no capítulo sobre a teoria da ação. Agora, nem mesmo o direito a prestação pecuniária está submetido à técnica condenatória (certificação com posterior processo autônomo de execução), como até então ocorria.

Todo direito a urna prestação pode ser tutelado por técnicas de cognição com força executiva: rnandarnental, que pressupõe "colaboração do sujeito passivo", após coer

ção indireta do Estado-juiz, e executiva em sentido lato, que dispensa o "auxílio" do obrigado, valendo-se o Poder Judiciário de medidas de coerção direta.

(b) Corno as obrigações de não-fazer (abster-se ou tolerar alguma atividade) são sempre infungíveis, a permanência da menção a "fato que não possa ser

realizado por terceiro", constante do texto anterior, talvez indicasse uma restrição da aplicação do dispositivo apenas às obrigações infungíveis. Sucede que a disciplina do art. 461 incide sobre qualquer modalidade de prestação de fazer ou não fazer, infungível ou não, de 150. " ... a sentença condenatória é, por definição, correlacionada com a execução por sub-rogação". (Marinoni, Twe/a específica. São Paulo: RT, 2000, p. 41) Também sobre o tema, amplamente, Marinoni, Tu rela inibitória. São Paulo: RT, 1999, p. 276-2B2.

fundo legal ou contratual - prestigiada doutrina, inclusive, denomina a situação de

"tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer",139 demonstrando, com isso, de forma inequívoca, a amplitude da tutela consagrada no mencionado dispositivo normativo.

Por isso, corrige-se a redação.

"Infungível pode ser a prestação nas obrigações de fazer, o que ocorre quando só o cumprimento pelo devedor, pessoalmente, é capaz de satisfazer o credor. É ainda infungível a prestação em quaisquer obrigações de não-fazer: se determinada pessoa está obrigada a abster-se de algum ato, evidentemente não poderá satisfazer o credor a abstenção de outra(s) pessoa(s) - nem sequer a de todas as outras pessoas!

-, caso o devedor pratique o ato".14º

(c) Houve uma alteração ao projeto de lei encaminhado, que se operou já no Congresso Nacional, que visou evitar nova desarmonia entre os dispositivos do código.

É que, conforme acenado, a tutela das obrigações de dar coisa (distinta de dinheiro) também foi alterada pela Lei Federal 1 0.444/2002 (art. 461-A), submetendo-se a regime semelhante ao da tutela das obrigações de fazer e não fazer. Eis a razão que justificou a colocação das obrigações de entregar coisa no rol do art. 287 do CPC. O lapso foi corrigido a tempo. Com isso, o enunciado 500 da súmula da jurisprudência dominanle do Supremo Tribunal Federal141 está revogado, pois, com a Lei Federal n. 1 1 .232/2005, até mesmo em relação à obrigação de pagar quantia é possível a fixação de multa cominatória (art. 461, § 5°, c/c art. 475-J, CPC).

(d) A mudança é bem salutar. O desrespeito à exigência de formulação de pedido cominatório, pelo autor, quando demandasse o cumprimento de obrigações de não fazer e fazer infungíveis, implicava inépcia da petição inicial. Agora, "havendo ou não pedido de com inação, estará o juiz autorizado a determinar a pena pecuniária",142 por força do

§4º do art. 461, CPC, seja o caso de obrigação de fazer ou não-fazer, fungível ou não, pouco importa. Não há mais qualquer sentido em se impor este ônus ao autor.143 A permissão de o autor requerer a com inação de multa, na inicial, justifica-se tão-somente como forma ele legitimá-lo a recorrer, empós e se for o caso, da decisão do magistrado que não fixa a multa ou a fixa em valor menor do quanto foi requerido. Neste sentido, adquire a alteração função também pedagógica.

(e) Conforme bem dito no excerto da exposição de motivos transcrito, o art. 461

permite a fixação da multa em decisão antecipatória, enquanto a antiga redação do art.

1 5 1 . Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

152. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2 1 3.

1 53. "Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar".

1 54. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 182.

155. Dizia Calmon de Passos: "O ar!. 287 se tornou coisa nenhuma" (Comentários ao Código de Processo Civil, p. 1 82).

287 falava apenas de multa para o descumprimento de decisão transitada em julgado.

Essa limitação impedia a existência de uma tutela preventiva efetiva no direito brasileiro, alcançada via tutela antecipatória, siluação que veio a ser corrigida com a reforma do multicitado art. 461.

Comentando a situação antes da reforma processual de 1 994, Barbosa Moreira

vislumbrava a possibilidade de tutela específica antecipatória concedida pela brecha da tutela cautelar atípica (medida que ele próprio afirmava não ser dogmaticamente a mais correta); no entanto, mesmo assim, afirmava não se poder fixar a multa coercitiva, tendo em vista a inexistência de disposição expressa.

Eis as suas palavras: "O que não se afigura possível é fazer acompanhar o preceito, nesses casos, da com i nação de multa para o respectivo desateadimento: as regras que autorizam o emprego de medidas coercitivas não comportam aplicação em hipóteses não previstas. Aqui, aliás, caso se sustentasse o contrário, chegar-se-ia, obliquamente, ao resultado que o art. 287,.fine, preexcluiu - em disposição infeliz mas clara, que ao intérprete não é dado desprezar".144

5. 7.4. Pedido relativo a obrigação indivisível

Cuida o art. 291 do CPC145 da hipótese em que um dos credores de obrigação indivisível pleiteia em juízo a sua satisfação. Regula-se a demanda que envolve relação jurídica creditícia em que há pluralidade de credores em torno de um objeto indivisível, e somente um ou alguns deles vai a juízo pedir a efetivação desta obrigação. Esse artigo é o dispositivo processual que regu lam

as disposições do direito material

"

enta"

relacionadas com a cobrança judicial de créditos de obrigação indivisível. A correta compreensão desse artigo impõe que se façam, pois, algumas considerações de direito material.

Entende-se por obrigação indivisível aquela cuja prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico (art. 258 do CC-2002). São obrigações, enfim, cuja prestação somente se pode cumprir por inteiro.

Cumpre advertir que o regramento das obrigações divisíveis e indivisíveis pelo CC-2002 não difere do mesmo regramento no CC-1916. O que foi dito alhures

vale aqui, tranquilamente.

Quando há pluralidade de credores de obrigação indivisível, poderá cada um destes exigir a dívida inteira (art. 260, primeira parte, do CC-2002). A pluralidade de credores de obrigação indivisível implica tratamento igual ao da solidariedade ativa (arts. 264/265

156. "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". Temas de direito processual - segunda série.

São Paulo: Saraiva, 1980, p. 43.

157. An. 291 : ·'Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito".

c/c art. 260, todos do CC-2002).146 O direito material, assim, legitima um dos credores a pleitear a dívida por inteiro.

A classificação das obrigações em divisíveis e indivisíveis diz respeito ao seu objeto. Na verdade, o estudo da obrigação indivisível somente tem relevância prática nas hipóteses em que há pluralidade de credores ou devedores - o que acaba por tornar o seu exame muito próximo do estudo das obrigações solidárias, fazendo com que alguns autores as vejam como espécies de

obrigações em razão dos sujeitos, e não do objeto.147

Nada obstante semelhantes, distinguem-se pela causa: "A indivisibilidade resulta de obstáculo ao fracionamento da obrigação, ainda quando criado em razão do que se quer obter, enquanto a solidariedade é garantia que nada tem a ver com o conteúdo da prestação".148Üs arts. 263 e 271 do CC-2002 revelam um tratamento diferenciado das obrigações indivisíveis e solidárias, quando se resolverem em perdas e danos.

Se apenas um dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lbe caiba no total (art. 261 do CC-2002).

A regra do Código Civil foi reproduzida no art. 291 do CPC, que lhe acrescenta, entretanto, o seguinte: aquele credor que não participou do processo, para levantar o seu quinhão, deverá arcar, proporcionalmente, com as despesas processuais de cobrança do crédito (i nclusive honorários advocatícios). Essa é a peculiaridade trazida pelo CPC-73

que complementa o regramento material - e que dá ao presente artigo alguma utilidade, pois, do contrário, seria mera repetição do quanto d isposto no Código Civil.149

Já disse Araken de Assis que o art. 291 se situa de maneira totalmente incorreta no capítulo destinado à petição inicial e na seção destinada ao pedido, pois nada de especial teria a ação condenatória de cobrança de prestação indivisível.150

Assim, resume Calmon de Passos: "Mas o autor apenas estará autorizado a levantar a parte que lhe for devida, legitimados os que não participaram do processo, tanto a executar a sentença pela parte que lhe couber, como a levantar do produto a quota que lhes for devida, abatida sua participação proporcional nas despesas do processo".'51 Urge frisar que, conforme o art. 274 do CC-2002, já examinado, pode ser que o outro credor não levante o seu quinhão, se o devedor, contra ele, tiver alguma exceção pessoal.

158. "Não há dificuldade em resolver as situações oriundas de obrigações com prestação indivisível, desde que se reconheça a necessidade de discipliná-las pelas normas relativas às obrigações solidárias". (Orlando Gomes, Obrigações, p. 9 1).

159. Sobre o tema, Orlando Gomes. Obrigações, p. 90; Robert Joseph Pothier. Tratado das Obrigações. Campinas: Servanda, 2002, p. 248.

160. Orlando Gomes. Obrigações, p. 9 1 .

1 6 1 . Neste sentido, Araken de Assis, Cumulação de ações, p . 250.

162. Cumulação de ações, p. 249.

1 63. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 198.

FREDIE ÜIDIER JR.

5.8. Interpretação do pedido e pedido implicito.

5.8. 1. Interpretação da petição inicial. Regras gerais sobre a interpretação dos atos postulatórios.

De acordo com o art. 293 do CPC, o pedido há de ser interpretado restritivamente152•

Trata-se de regra indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo153•

A compreensão desse dispositivo pressupõe uma série de considerações.

a) A postulação inicial é uma declaração de vontade154• Corno tal, precisa ser interpretada.

Desta declaração surgirão diversas consequências jurídicas processuais: i) escolha do juízo a quem a petição é dirigida- dado necessário para o exame da competência; ii) escolha do procedimento a ser adotado; iii) fixação do objeto litigioso - e, portanto, a delimitação do exercício da função jurisdicional; iv) definição de quem está sendo demandado etc.

Não é, portanto, tema lateral, de somenos importância. A doutrina, porém, com as exceções de praxe, não lhe dá a atenção devida.

b) É a partir desse dispositivo que se afirma que o pedido há de ser expresso; ou seja, o pedido tem de constar da petição inicial, não se ace.itando, a princípio, pedido implícito - há exceções, que serão examinadas no próximo item. Não se pode considerar como pedido aquele que, embora pudesse ter sido formulado, não o foi155•

e) O art. 302, I l i , CPC, traz regra de interpretação da contestação. O réu tem o ônus de impugnar especificadamente os fatos afirmados pelo autor. Se não o fizer, presume

-se ocorrido o fato não impugnado. Sucede que o inciso III do art. 302 dispõe que essa presunção não ocorrerá, se os fatos não impugnados "estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto". Ou seja, a regra impõe a interpretação sistemática da contestação - para além da interpretação literal, portanto.

A interpretação sistemática é técnica que também se aplica à interpretação do pedido.

O inciso Lll do art. 302 do CPC aplica-se, mutatis mutandis, à interpretação do pedido, sob 152. Art. 293: "Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais".

153. Sobre a interpretação do pedido e a definição do objeto litigioso, SI LVA,

Paula Costa e. Acto e processo - o dogma da irrelevância da vomade na i11te1pretaçào e nos vícios do acto pos111/ativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 375.

154. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comemários ao Código de Processo Civil. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 999, t. 4, p. 3.

155. "Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto Dele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressameme contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo". (PASSOS, José Joaquim Calmon de Come111ários ao Código de Processo Civil, p. 209).

soo

pena de ofensa à igualdade das partes: as declarações de vontade das partes seriam interpretadas com base em técnicas diversas, sem qualquer razão que justificasse essa opção.

A causa de pedir, como fundamento do pedido, é, portanto, dado imprescindível para a correta interpretação da postulação156•

Registre-se: corretamente pensadas as coisas, pedido e causa de pedir são

perspectivas do direito material afirmado em juízo. A causa de pedir compõe-se da afirmação deste direito e o pedido se refere ao efeito jurídico material que deste direito decorre.

Assim, o objeto do processo não pode ser delimitado sem que se levem em contas essas duas perspectivas.157

Embora sem mencionar o inciso III do art. 302 e o princípio da igualdade, o STJ já entendeu que o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação: o pedido deve ser inferido a partir de uma exegese lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, razão pela qual não pode ser considerado como ultra petita o julgado que o interpreta de forma ampla e concede à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o aj uizamento da ação (STJ, 3ª T., REsp n. 1 .049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j .

e m 4. 1 1 .201 O).

d) Aplicam-se à interpretação do pedido as normas de interpretação dos atos jurídicos; ou seja, as normas que disciplinam a interpretação das declarações de vontade. A postulação é, também, uma declaração de vontade - art. 1 58 do CPC 158.

O art. 1 1 2 do Código Civil, por exemplo, enuncia que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido l iteral da l inguagem".

Trata-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação do pedido159º160• É preciso 1 56. " ... a regra juridica não preexclui que se prefira a interpretação que mais de afeiçoe à causa de pedir ou à narração dos fatos". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3• ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 999, l. 4, p. 82.) 157. MANDRIOU, Crisanto. "Riílessioni in tema di 'petitum' e di 'causa petendi'". Rivisla di Dirillo Processuale. Padova: CEDAM, 1984, v. XXX.IX, p. 474.

1 58. "Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais".

1 59. Assim, STJ, 3'. T., REsp n. 6 1 3.732-RR, rei. Min. Nancy Andrighi, j. em 1 0. 1 1 .2005: "PROCESSUAL

ClVI L. INTERPRETAÇÃO DE ATO PROCESSUAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO TNTER

PRETADO COMO RENÚNCIA. SENTIDO LITERAL DA LfNGUAGEM EMPREGADA rNCORRE

TAMENTE PELA PARTE. INADEQUAÇÃO. BUSCA PELA REAL VONTADE CONTIDA NO ATO

PROCESSUAL. RENÚNCIA. NECESSIDADE DE lNTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. -A interpretação literal e gramatical dos atos processuais é a mais pobre e perigosa das interpretações, acabando por desviá

-lo de sua finalidade, com desastrosas consequências. - É imprescindível ao aplicador ou intérprete do ato processual pcrquirir pela valoração volitiva inserta em seu conteúdo, pois o conteúdo deve preponderar sobre a fomia. - A renúncia ao direito que se funda a ação é classificada tanto pela doutrina como pela jurisprudência como instituto de natureza material e, por isso, deve ser interpretada restritivamente".

160. " ... o pedido é uma declaração de vontade que precisa ser descodificada, ela deve ser interpretada atendendo

-se mais à intenção do autor do ato do que ao seu sentido literal (art. 1 1 2 do CC). Pcrquirição da vontade efetiva do autor do ato e interpretação restritiva dos pedidos não são, portanto, vetores incompatíveis".

501

investigar a vontade do postulante, para que se possa proceder corretamente à interpretação do pedido. Registre-se: a vontade da parte não é irrelevante161 •

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida - urna interpretação que contrarie frontalmente o texto ou que não se tenha um "mínimo de correspondência no texto respectivo"162 dificilmente será considerada como legítima163 -, ela não é a única técnica possível de interpretação. A interpretação teleológica também é importante - além da sistemática, já referida. E é disso que

trata o art. 1 1 2 do Código Civil.

O art. 1 1 3 do Código Civil enuncia, ainda, que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A aplicação do dispositivo à interpretação do pedido é clara, até mesmo como reforço à incidência do princípio da boa-fé processual.

Os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo demandante devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar de sua celebração. Se, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não se pode, ao interpretá-la posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele que a ela sempre se atribuiu.

e) A interpretação do pedido deve observar o direito de defesa. Não se pode dar à postulação um sentido que comprometa a defesa, que se baseia sempre naquilo que foi demandado. Não é lícito interpretar a postulação para extrair dela um pedido que o réu não contestou.

A manifestação do réu, porém, é um dado relevante para a definição do quanto foi postulado. Por vezes, embora a petição não seja tão clara - o que poderia levar à inépcia da petição inicial -, a contestação, que também deverá ser interpretada, serve para revelar o sentido em que a postulação do autor foi formulada164- sentido esse que foi efetivamen-

(PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos 110 processa civil. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 74).

1 6 1 . Sobre o assunto, longamente, é imprescindível a leitura de SILVA, Paula Costa e. Acto e processo - o dogma da irrelevância da vontade 11a interpretação e 11os vícios do acto pos/11/ativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 341-448.

162. PEREIRA, Luís Guilherme Gonçalves. A possibilidade jurídica deju/gamemos implícitos no processo civil. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 7 1 . A propósito, como referência, o n. 1 do art. 238º do Código Civi 1 português, que cuida dos negócios jurídicos fonnais: " 1 . Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo docwnento, ainda que imperfeitamente expresso".

163. Ressalva-se a possibilidade de ambas as partes concordarem com isso e a causa pem1itir autocomposição.

Neste caso, teríamos verdadeiro negócio jurídico processual. A propósito, SILVA, Paula Costa e. Acto e processo - o dogma da irrelevância da vontade 11a i11te1pretação e nos vícios do acto poslllllativo, cit., p.

393-395.

164. SILVA, Paula Costa e. Acto e processo - o dogma da irrelevância da vontade 11a inte1pretação e 11os vícios do acto postularivo, cit., p. 376.

te contestado pelo réu165. No ponto, muito oportuna a referência ao art. 1 93°, 3, do CPC

português: "3. Se o réu contestar, apesar de arguir a ineptidão com fundamento na alínea a) do número anterior, não se julgará procedente a arguição quando, ouvido o autor, se verificar que o réu interpretou convenientemente a petição inicial".

Registre-se: a postulação em juízo é uma declaração de vontade com no mínimo dois destinatários, a contraparte e o órgão jurisdicional 166•

Por isso, se ambas as partes estão concordes em relação à intepretação ela postulação, o problema ela interpretação cio pedido praticamente deixa de existir, ressalvadas as situações de processo simulado. Não se pode ignorar que a parte demandada é o destinatário ela declaração de vontade (pedido) que tem, em tese, conhecimentos sobre a relação jurídica material controvertida. O órgão jurisdicional não dispõe dessas informações.

Como afirma PAULA COSTA E SILVA, "dificilmente se poderá j ustificar que, existindo uma convergência das partes quanto ao sentido com que devem ser compreendidos os comportamentos processuais, este entendimento possa ser postergado por um entendimento divergente do tribunal" 167.

Não por acaso, pedido obscuramente deduzido leva à inépcia da petição inicial (art.

295, par. ún., 1, CPC), exatamente porque dificulta a fixação do objeto litigioso e a defesa do demandado.

j) Do princípio da cooperação, como visto neste volume do Curso, decorre o dever de esclarecimento. Assim, caso tenha dúvidas sobre o sentido da postulação, deve o órgão jurisdicional intimar a parte para que o esclareça.

Eis, em suma, a correta interpretação do art. 293 do CPC: i) o julgador deve ater-se aos pedidos formulados pelo demandante, ressalvados os pedidos implícitos, adiante examinados; ii) a identificação dos pedidos expressamente fonnulados decorre da interpretação da demanda, considerada como declaração de vontade e que deve ser interpretada sistematicamente; iii) a interpretação do pedido deve basear-se, ainda que minimamente, no texto da petição inicial; iv) a interpretação do pedido não pode prejudicar a defesa; a defesa, porém, pode servir como dado para a interpretação do pedido.

Tudo o quanto aqui se disse aplica-se, mutatis mutandis, à interpretação de todos os atos postulatórios, como a contestação, a réplica e os recursos. Todos são declarações de vontade. Exigência do princípio da igualdade.

165. Assim como a manifestação cio autor (réplica) sobre a contestação é um dado relevante para a correta interpretaçilo da peça de defesa.

1 66. SI LVA, Paula Costa e. Acto e processo-o dogma da irrelevâ11cia da vonlade na inlerpretação e nos vícios do ac10 pos111/ativo, cit., p. 380.

1 67. SILVA, Paula Costa e. Acto e processo - o dogma da irrelevâ11cia da vontade na inlerpre/ação e nos vícios do aclo pos111/a1ivo, cit., p. 377.

FREDIE DIDIER JR.

5.8.2. Pedido implícito.

O pedido implícito é aquele que, embora não explicitado no instrumento da postulação, compõe o objeto litigioso do processo (mérito) em razão de determinação legal. Mesmo que a parte não peça, deve o magistrado examiná-lo e decidi-lo.

É temperamento da regra de que o pedido há de ser certo (expresso) e que sua

interpretação deve ser restritiva (art. 293 do CPC).

Quando há pedido implícito, ocorre uma cumulação objetiva de pedidos por força de lei (ex vi /egis)'68: é como se a lei acrescentasse à demanda um novo pedido. Embora se trate de pedido implícito, não se permite a condenação implícita169: o magistrado deve examinar expressamente o pedido iroplícito'7º. A análise desse pedido também se constitui capítulo autônomo da decisão171.

São exemplos de pedido implícito: a) os juros legais (arts. 405 e 406 do CC-2002); 172

b) ressarcimento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (art. 20 do CPC); c) correção monetária (art. 404 do CC-2002);1 73 d) pedido relativo a obrigações com prestações periódicas, pois o autor está desobrigado a pedir as prestações vincendas: o magistrado deve incluir, na decisão, as prestações vincendas e não pagas (art. 290 do CPC). Importa frisar que os juros convencionais ou compensatórios não prescindem do pedido expresso do autor, não se constituindo pedido implícito1 74•

Theotônio Negrão selecionou jurisprudência que entende que o pedido de alimentos é implícito na ação de separação (RT 502/57) e na posse e guarda de filhos menores (RTJ 82/997, especialmente a p. 999).175

Cristiano Chaves de Farias também aponta o pedido de al imentos como implícito na demanda de investigação de paternidade, em razão do art. 7° da Lei Federal n.

8.560/92.176

Segue um rol de enunciados de súmulas dos tribunais superiores relativas aos juros.

168. Lúcida síntese de Cândido Dinamarco. Capí111los de semença, cit., p. 66.

169. ASSIS, Araken de. Cumulaçcio de ações, cit., p. 247; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3, cit., p. 2 1 O.

170. Não obstante isso, súmula do STF, n. 254: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação".

1 7 1 . DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença, cit., p. 66.

172. Art. 405 do Código Civil: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial". Art. 406 do Código Civil:

"Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão focados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

173. O Código Civil revogou o art. 2°, § 1 º, da Lei Federal n. 10.1 9212002, que vedava o reajuste monetário com periodicidade inferior a um ano (ASSIS, Araken de. C1111111laç<io de ações, cit., p. 248).

1 74. ASSIS, Araken de. Cu11111laçcio de ações, cit., p. 248, com amplas referências bibliográficas.

l 75. Código de Processo Cível, ob. cit., nota 2 ao art. 293, p. 381.

176. FARIAS, Cristiano Chaves de. "lnY estigação de paternidade". Procedimentos especiais Cíveis -legislaçcio extravagante. Fredie Didier Jr. e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 901 .

PETIÇÃO INICIAL

STJ 12: Em desapropriação, são cumuláveis j uros compensatórios e moratórias.

STJ 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

STJ 54. Os juros moratórias fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

STJ 69. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

STJ 70. Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.

STJ 93. A legislação sobre cédulas de crédito rnral, comercial e industrial admite pacto de capitalização de juros.

STJ 102. A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

STJ 1 1 3. Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

STJ 1 1 4. Os j uros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

STJ 1 76. É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETlP.

STJ 1 86. Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

STJ 1 88. Os juros moratórios, na repetição do indébilo, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

STJ 204. Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.

STJ 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

STF 1 2 1 . É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

STF 254. Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação.

STF 562. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.

STF 596. As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.



CAPÍTULO XVI

JULGAMENTO LIMINAR DE M ÉRITO -

A IMPROCEDÊNCIA PRIMA FAC/E

Sum{1rio • 1. Generalidades - 2. Indeferimento da petição inicial em razão do reconhecimento de prescrição ou decadência legal - 3. Julgamento imediato de causas repetitivas.

l . GENERALIDADES

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-fonnação, inépcia, defeito da petição inicial; por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação. O CPC-73 contribui para isso, ao qualificar o indeferimento da petição inicial como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito (art. 267, I).

Sucede que também é possível o indeferimento da petição inicial com resolução de mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. Trata-se de decisão que analisa o mérito da causa, apta, portanto, a ficar imune pela coisa julgada material. Pode-se denominá-la de julgamento liminar de mérito ou improcedência primafacie.

Há três exemplos de improcedência prima facie previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão de prescrição ou decadência (arts. 2 1 9, § 5°, 267, J, 269, IV, e 295, J V, CPC), o j ulgamento imediato de causas repetitivas (art. 285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, I L L , CPC). Este capítulo será dedicado aos dois primeiros exemplos; a terceira hipótese será estudada no volume deste Curso dedicado ao estudo da execução civil.

Um dos grandes entraves à compreensão do tema é a falta de sistematização no tratamento legislativo do assunto: é preciso reunir dispositivos esparsos, previstos inicialmente apenas para uma respectiva hi pótese de julgamento liminar, e tentar arrumá-los em um sistema, de modo a dar à legislação processual civil um mínimo de coerência.

Senti a necessidade de destacar esse tema para um capítulo específico, e não mais como mero desenvolvimento do estudo do indeferimento da petição inicial. Parece-me que se trata de um "novo assunto", que merece capítulo e sistematização próprios.

Eis, então, um esboço de regime jurídico comum do julgamento liminar de mérito.

a) Trata-se de decisão apta a ficar indiscutível pela coisa julgada material. Se pudéssemos encaixá-la em alguns dos escaninhos já conhecidos, diríamos tratar-se de uma modalidade de julgamento conforme o estado do processo, variante do julgamento antecipado da lide.

fREDIE DIDIER JR.

b) É decisão proferida sem ouvir o réu, mas a favor dele.

c) O contraditório, em relação ao autor, fica garantido pelo efeito regressivo da apelação contra a sentença, que permite ao magistrado retratar-se, após ouvir as razões do autor (arts. 296 e 285-A, § 1°, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o princípio da cooperação, pois permite que o magistrado "ouça" o que tem a dizer o autor sobre a questão. É i mportante essa observação, notadamente nos casos de indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento

da prescrição, pois o autor/credor poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu ou suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibi-1 idade de juízo de retratação, a i mprocedência prima facie seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, em seu aspecto substancial (ver o capítulo sobre os princípios do processo).

d) Mantida a decisão, impõe-se a intimação do réu para apresentar contrarrazões de apelação, que terão conteúdo muito similar ao de uma contestação, não somente por ser a primeira manifestação do réu no processo, mas também, e principalmente, para permitir que o tribunal, se houver condições para isso (não houver necessidade de produção de outras provas, por exemplo), possa, dando provimento à apelação, decidir o mérito desfavoravelmente ao réu - a previsão de contrarrazões, nesse caso, existe apenas no caso do art. 285-A, mas deve ser aplicada, por analogia, à improcedência liminar pelo reconhecimento da prescrição ou decadência.

e) Transitada em julgado a decisão de improcedência, sem a participação do réu no processo, o escrivão deverá comunicar ao réu, por correspondência, a sua vitória, enviando-lhe cópia da petição inicial e da decisão (aplicação do § 6° do art. 2 1 9 do CPC

a ambos os casos de ju lgamento liminar de mérito). Essa comunicação é indispensável, principalmente para que o réu, tendo ciência de sua vitória, possa alegar a objeção de coisa julgada material, se o autor renovar a demanda.

2. INDEFERIM ENTO DA PETIÇÃO I N ICIAL EM RAZÃO DO R ECONHECI

MENTO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA LEGAL

Admite-se o julgamento limi nar de mérito quando o magistrado reconhece ex ofjicio a decadência legal (art. 2 1 O do CC-2002) e a prescrição (art. 2 1 9, § 5°, CPC). O art. 295, 1 V, CPC, é claro ao admitir o indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição, situações que, por força do art. 269, l V, CPC, importam resolução do mérito da causa. Há, aqui, de fato, certa antinomia entre esses dispositivos e o art. 267, T, que prescreve o indeferimento da petição inicial como hipótese de decisão sem exame de mérito. Prevalece, no entanto, a regra: o reconhecimento da prescrição e da decadência é

análise de mérito, mesmo que tenha sido feito liminarmente.

A grande controvérsia está no reconhecimento ex ofjicio da prescrição.

A Lei Federal n. 1 1 .280/2006 alterou a redação do § 5° do art. 2 1 9 do CPC, que passou a ter a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". A mesma 508

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO - A IMPROCEDÊNCIA PRIMA FAC/E

lei, coerentemente, determinou a revogação do art. 194 do CC-2002, que permitia o reconhecimento ex officio da prescrição apenas quando favorecesse absolutamente incapaz.

Essa mudança é a última etapa de um movimento legislativo de revisão do tratamento processual dado à prescriçã.o.

Até 2003, vigia o art. 166 do CC-1916, que permitia o conhecimento ex officio da prescrição de direitos não patrimoniais- era de igual teor a regra contida na antiga redação do § 5° do art. 2 1 9 do CPC, ora reformado.1 Sucede que não havia prazo de prescrição de direitos não-patrimoniais, que ou são potestativos (e, portanto, submetidos a prazo decadencial) ou são imprescritíveis (como os personalíssimos). "A prescrição é sempre de ordem patrimonial".2 O CC-2002 já não utilizou (corretamente, diga-se), para fins de regulamento da prescrição, a dicotomia direitos patrimoniais/direitos não-patrimoniais, que deve ser esquecida.3

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a prescrição que beneficiasse absolutamente incapaz poderia ser conhecida de-ofício pelo magistrado.

Em dezembro de 2004, a Lei Federal n. 1 1 .051 alterou a Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.83011980), para permitir que o magistrado conhecesse de oficio da prescrição do crédito fiscal, desde que ouvida previamente a Fazenda Pública (art. 40, § 4º).4

A Lei Federal n. 1 1 .280/2006 estendeu a possibilidade de conhecimento oficial para qualquer prescrição. Generalizou uma autorização que antes era vista como excepcional. Coerentemente, revogou o art. 194 do CC-2002, que tinha, como visto, abrangência mais restrita.

O objetivo da reforma parece ter sido, também aqui, o de acelerar o julgamento dos processos. Levando em consideração que a prescrição é constatada com razoável facilidade, e que muito provavelmente o demandado a alegaria (até mesmo por força da regra da eventualidade, prevista no art. 300 do CPC), o legislador resolveu autorizar o magistrado a conhecer ex o.f.ficio da queslã.o, abreviando o tempo do processo. Não se vislumbra qualquer justificativa teórica para a mudança, que parece atender a fins eminentemente práticos.

1 . O § 5° do art. 219, n a verdade, j á havia sido revogado implicitamente pelo art. 194 do CC-2002.

2. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa. Código ele Processo Civil comentado e legislação processual civil ex1ravaga11le em vigor. 6cd. São Paulo: RT, 2002, p. 558. Assim, também, THEODORO Jr., 1-lumberlo.

As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: da exceção à objeção". leituras compleme111ares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias (org.). Salvador: Editora JusPODIVM, 2007, p. 180.

3. Sobre o tema, amplamente, ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do projeto de código civil brasileiro. 2cd. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189-191.

4. "§ 4° Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrcnte e decretá-la de imediato".



MIRAN

fREDIE ÜJDIER JR.

A reforma legislativa alterou o regramento tradicional de um instituto antiquíssimo (milenar, sem exagero5). No direito estrangeiro e de acordo com a tradição do direito brasileiro, como visto, a prescrição não poderia ser reconhecida ex officio.6 Mudanças deste tipo, desacompanhadas de qualquer justificativa histórica, geralmente costumam dar trabalho aos operadores, pois

todo o sistema jurídico, estruturado com base na disponibilidade da prescrição (e, pois, na impossibil idade de seu conhecimento ex officio), pode sofrer o impacto desta alteração. Houve quem, por esse e por outros motivos, considerasse inconstitucional a alteração, notadamente por redundar em intervenção indevida do Estado na autonomia privada.7 Os argumentos pela inconstitucionalidade são muito fortes. Os argumentos aqui apresentados somente devem ser utilizados se se conseguir superar esse defeito supremo da lei que alterou o CPC.

Há, ainda, outra observação preliminar que precisa ser feita. A prescrição é instituto cuja definição e respectivo regime jurídico são determinados pelo direito positivo, e não pela doutrina.8 "O instituto da prescrição é de direito positivo".9 É por isso que a prescrição pode ter diversos perfis, tantos quantos interessem ao legislador. No âmbito 5. TH EODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

6. "É desnecessário dizer que o direito brasileiro jamais admitiu o reconhecimento de ofício da prescrição.

Este é ponto que dispensa comprovação, por sua notoriedade. Não é só no Brasil, porém, que este sempre foi o tratamento dado à matéria. Outros ordenamentos jurídicos vedam, categoricamente, o reconhecimento ex officio da prescrição. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano, cujo art. 2.938 estabelece.

expressamente, que "il giudice 11011 puó rilevared'ufficio la prescrizione non opposta". Também o Código Civil francês trata do tema, em seu art. 2.223: "Lesjuges ne pe11vent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription". O art. 142 do Código de Obrigações da Suíça tem redação análoga: "'Lejuge ne pe11t suppléer d'office /e moyen rés11ltant de la prescription". O Código Civil argentino dispõe sobre o tema em seu art. 3.964 : "Eljue= no puede suplir de oficio la prescripción". Vale citar, ainda, o Código Civil português, cujo art. 303º estabelece que ·•o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem apro,·eita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo ministério público". (CÂ MARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível cm www.flaviotarluce.adv.br, consultado em 12.1 2.2006, 06h30).

7. CÂ MARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício ela prescrição:

uma reforma descabeçada e inócua'". disponível em www.flaviotartuce.adv.br. consultado cm 12.1 2.2006, 061130; THEODORO

Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67;

'"Prescrição - liberdade e dignidade da pessoa humana". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n. 40, item 6; ALBUQUERQU E .JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equivoco legislativo -ou de como o arl. 3° da Lei 1 1.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro ... Revista de Direito Privado.

São Paulo: RT, 2006, n. 25. p. 290. Para Alexandre Câmara, a alteração é, ainda. inconstitucional. por ferir o principio da isonomia, da adequação e da segurança jurídica.

8. "As consequências jurídicas oriundas do fato jurídico da prescrição variam conforme cada ramo do Direito, não sendo possível estabelecer de antemão um efeito ou uma classe de efeitos que lhe sejam aplicáveis de uma forma geral e inexorável". (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 146.)

9.

DA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Pril'ado. 4• ed. São Paulo: RT. 1983, t.

6, § 662. n. 2. p. IOO.

5 1 0

JULGAMENTO LIMINAR DE MÊRJTO - A IMPROCEDENCJA PRJMA FAC/E

penal, a prescrição extingue o jus puniendi, o direito de punir, ou o direito de executar a sentença penal condenatória, se se tratar de prescrição intercorrente; no âmbito tributário, a prescrição é causa de extinção do próprio crédito tributário (art. 1 56, V, Código Tributário NacionaPº); no direito civil, a prescrição é causa de extinção11 da pretensão (art. 189, CC12), mas não do direito subjetivo, sendo essa a razão pela qual não é lícito ao devedor que pagou dívida prescrita pedir a sua devolução. Assim, é razoável admitir que o

magistrado conheça ex officio da prescrição penal (art. 61 ,13 Código de Processo Penal, c/c art. 107, LY,14 Código Penal) e da prescrição tributária (§ 4° do art.

40 da Lei Federal n. 6.830/1980), pois atingem o próprio direito material discutido.15

Nesses casos, a decisão que acolhesse o pedido, ignorando a ocorrência da prescrição, seria injusta, pois reconheceria direito a quem não mais o tem. É também em razão disso que, no âmbito das relações jurídicas privadas, não se admitia, como regra, que o magistrado conhecesse ex officio da prescrição, que sempre se caracterizou como um direito (exceção substancial) disponível do devedor; nesses casos, a sentença que acolhesse o pedido, ignorando a prescrição, não seria i njusta, porquanto reconhecesse um direito subjetivo ainda existente.

Exatamente por isso, os autores sempre identificaram na exigência de o devedor alegar a prescrição uma regra de profundo conteúdo moral: como o crédito continua existindo, o devedor inadimplente que alega prescrição continua com a "marca" de devedor impontual, que lhe pode prejudicar em outros negócios perante outros credores.16

10. Art. 156 do CTN: "Extinguem o crédito tributário: (...) V - a prescrição e a decadência".

1 1 . Rigorosamente, de acordo com a lição de Ponles de Miranda, a prescrição encobre a eficácia da pretenscio, sem extingui-la (Tratado de Direito Privado. 4' ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, § 662, n . 9, p. 106). O

legislador civil, porém, resolveu seguir outro enlcndimento, considerando-a como causa de extinçcio da pretensão.

12. Art. 189 do Código Civil: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

13. Art. 61 do Código de Processo Penal: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".

14. Art. 107 do Código Penal: "Extingue-se a punibilidade: (. . .) IV - pela prescrição, decadência ou perempção".

15. THEODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68, nota 45.

16. "A hipótese de um devedor, beneficiado pela prescrição, não a querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer aspectos morais ou, até, patrimoniais e pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que fazer constar, na praça, que recorreu à prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. Recorrer à prescrição é, em suma, uma opção que exige um claro acto de autodeterminação e isso no seio de urna posição privada". (COROEI RO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2005, l. 4, n. 79, p. 165.). Assim, também, MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006, p. 434; ARRUDA ALVIM, José Manoel.

"Da prescrição i ntercorrente". Prescrição no Código Civil -uma análise interdisciplinar. 2ª ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31, nota 3; ENN ECCERUS, Ludwig; N 1 PPERDEY, Hans Carl. Derecho civil (parte general). 2 ed. Tradução da 39 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950, v. 2, p. 503; GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil. 2' ed. portuguesa e l ed. brasileira. São Paulo: Max Lirnonad, s/a, v. 3, t. 2 , p. 774.

5 1 1

FREDIE DIDIER JR.

Também há razões jurídicas para limitar o reconhecimento da prescrição à provocação do interessado: o art. 94017 do Código Civil confere o direito do demandado por quantia paga a pedir o dobro do que foi indevidamente cobrado. Se a improcedência do pedido fundar-se em prescrição, não incide o dispositivo, pois não houve o reconhecimento de inexistência da dívida, que, como visto, permanece íntegra. O devedor pode ter o interesse, portanto, no reconhecimento da inexistência do crédito, exatamente para pleitear a dobra do art. 940 do Código Civil.1H

Eis o cerne do problema.

Para resolvê-lo é indispensável, ainda, tecer outras considerações prel iminares.

Permanece em vigor o art. 1 91 do CC-2002,19 que permite expressamente a renúncia da prescrição, expressa ou tácita. A não-arguição da prescrição consumada é uma forma de renúncia.20 Uma regra que permite a renúncia tácita e outra que permite o reconhecimento ex officio da prescrição estão em evidente conflito.21

Não é porque o juiz pode conhecer de ofício, que a prescrição torna-se direito (exceção substancial) indisponível. Também por tudo isso, ainda vige, plenamente, a regra que veda o pedido de repetição do que se pagou para solver dívida prescrita (art. 882 do CC-200222). É lícito, portanto, o pagamento de dívida prescrita. "Permanece íntegro o desenho material da prescrição".23

Note que o CC-2002 permitia o conhecimento de ofício da prescrição que favorecesse absolutamente incapaz, exatamente pela indisponibil idade, que decorre da incapacidade de renunciar. "A relevância da tutela aos incapazes sobrepuja o principio da disponibilidade das vantagens da prescrição. Mesmo porque o representante não tem disponibilidade sobre os direitos do representado".2'

17. An. 940 do Código Civil: "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quamias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".

18. Perceberam o ponto MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC, cit., p. 435; ROSENVALD, Nelson. "Prescri

ção: da exceção à objeção", cit., p. 190; FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direiro civil -porre geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 518.

19. Art. 191 do Código Civil: "A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácila, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição'·.

20. THEODORO Jr., Humberto. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.

21. "No que diz respeito à substância da reforma, porém, tudo se passa de modo ainda pior. Como se viu pela lição de Câmara Leal anteriormente invocada, não se pode dar ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição porque este poder é incompatível com a possibilidade ele renúncia, pelo devedor, da prescrição que lhe favorece. Ocorre que o legislador deu ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição mas não retirou do devedor a faculdade de a ela renunciar. Isto torna o direito civil brasileiro, em maJéria de prescrição, absolutamente incoerente e, por isso mesmo, assistemático··. (CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua", Disponível em www.flaviotarluce.adv.br, consuhado em 12.12.2006, 06h30.)

22. Art. 882 do Código Civil: "Não se podl! repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicia 1 mente i ncx igí vel".

23. MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC. cit., p. 431.

24. THEODORO Jr., Humberto. Comenrários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 213.



JULGAMENTO LIMINAR DE MÉ.RJTO - A IMPROCEDÊNCIA PRIMA FAC/E

É lícito concluir, portanto, o "sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição consumada. (...) A estrutura jurídica do sistema é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art. 194 da lei substancial".25 A alteração legislativa seria aceitável se o sistema das obrigações no direito privado também fosse alterado, o que não aconteceu.

Além disso, é preciso indagar sobre a possibilidade de conhecimento de ofício da prescrição em desfavor do consumidor (art. 5°, XXXII, CF/8826), trabalhador (art. 7º, CF/88),27 idoso (art. 230 da CF/8828) e índio (art. 231 da CF/8829). Trata-se de grupos humanos protegidos constitucionalmente pelo Estado, que lhes reconhece hipossuficiência bastante para merecer tutela estatal. Não encontraria abrigo constitucional uma i nterpretação que permitisse que o próprio Estado (Estado-juiz), a quem compete a proteção de tais sujeitos, atuasse ex officio para prej udicá-los, reconhecendo uma prescrição que lhes seja desfavorável, sem alegação da parte adversária.30 Em relação à criança e ao adolescente, também protegidos constitucionalmente, não há problema, pois a prescrição não corre em seu desfavor (art. 1 98, 1, Código Civil).

Também não é possível o reconhecimento ex officio da prescrição que diz respeito a direitos disponíveis, exatamente porque, em tais casos, é admitida a renúncia (art. 1 9 1 , CC). Se se admitisse a atuação oficial em tais situações, haveria indevida e inconstitucional invasão na autonomia privada, conforme apontado por A lexandre Câmara e Humberto Theodoro Jr. Porquanto somente possa incidir em relação a direitos indisponíveis, não há necessidade ele intimar o devedor para manifestar-se, já que ele não poderia renunciar a ela.31

25. THEODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.

26. Art. 5°, XXXII, CF/88: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

27. TRT 3ª Região, I' T., RO n. 8 1.2006.029.03.00.7, rei. Des. Manuel Cândido Rodrigues,j. 14.11 .2006: não se admite o conhecimento ex officio da prescrição trabalhista "em face de sua incompatibilidade com os princípios que informam o Direito do Trabalho, sob pena de comprometer-se a própria essência da função teleológica desse ramo jurídico especializado"; "no confronto com a relação de direito civil, a relação trabalhista apresenta esta peculiaridade: a prescrição não beneficia um devedor de qualquer espécie, mas apenas um único tipo de devedor: o empregador. Não afeta o interesse de um sujeito de direito qualquer, mas de apenas um único sujeito de direito: o empregado".

28. Art. 230 da CF/88: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

29. Art. 231 da CF/88: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

30. Assim, Edilton Meireles, em palestra proferida no III Encontro Baiano de Professores de Direito Processual, evento realizado na Universidade Salvador, outubro de 2006.

3 1 . Há quem exija a intimação do devedor para que seja lícito o reconhecimento ex officio da prescrição, exatamente em razão da possibilidade de renúncia (MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC, cit., p. 434-436; CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e z inócua", Disponível em www.flaviotartuce.adv.br, consultado em 12.12.2006, 06h30). Partindo da premissa de que não é possível o reconhecimento ex officio da prescrição envolvendo direitos disponíveis, não há necessidade da intimação do devedor.

FREDIE ÜiDLER JR.

"Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular dêsse direito tenha poder de dispor. Não porque tal renúncia equivalha, ou tenha o mesmo resultado que a criação de nova dívida, ou exponha o patrimônio ... ; e sim porque o próprio ius exceptionis é elemento da esfera j urídica, ou dêsse patrimônio, tratando-se de exceção a direito pat rimonial".32

Essas são as premissas.

Agora podemos começar a examinar a mudança legislativa.

Uma advertência: a regra ora comentada é puramente processual.

A prescrição não perdeu a natureza de exceção substancial. Alterou-se o regramento processual da prescrição, que, embora uma exceção substancial, tem regime jurídico de objeção. Não vemos qualquer obstáculo teórico a isso. A possibilidade de conhecimento ex officio da prescrição é uma opção legislativa, e não uma exigência teórica,33 tanto é assim que, em relação à prescrição tributária e à prescrição penal, parece não haver maiores controvérsias quanto à possibilidade de conhecimento ex officio. O problema, repita-se, concentra-se na possibilidade de conhecimento ex officio da prescrição civil, tendo em vista o seu regime jurídico.

Entendemos que a regra do § 5° do art. 219 do CPC deve ser aplicada apenas para o reconhecimento de prescrição envolvendo direitos indisponíveis,34 em nenhuma hipótese em sentido desfavorável àqueles sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso e trabalhador).

Para quem admite a possibilidade de o magistrado conhecer de ofício de prescrição relativa a direito disponível. é preciso fazer ainda uma advertência: o magistrado somente poderá fazê-lo até a ouvida do réu. Após a apresentação da resposta pelo réu, o magistrado deve esperar a sua provocação. Como se trata de um direito do réu, não há sentido em conforir-se ao magistrado o poder de exercitá-lo em nome do demandado, que, estando em juízo e podendo exercê-lo, não o exerceu. Seria um esdrúxulo caso de legitimação extraordinária conferida ao magistrado para tutelar direito subjetivo de urna das partes.

Parece que essa é a única interpretação que compatibiliza as regras materiais (art. 191 e 882, CC-2002, principalmente) e processuais (art. 219, § 5, CPC) da prescrição.

Há, ainda, um forte argumento de caráter sistemático. O art. 1 12, par. ún., permite, como visto no capítulo sobre competência, o controle ex officio da competência territorial, 32. Ml.RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, l.

6, § 695, n. 3, p. 269, grifos do original.

33. Já havíamos alertado para isso quando comentamos o arl. 194 do Código

Civil (DIDIER Jr., Fredie. Regras processuais no Novo Código Civil. 2' ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-25.). Aderiu expressamente ao nosso entendimento, THEODORO Jr., Humberto. "Distinção científica entre prescrição e decadência.

Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho". Reflexos do Novo Código Civil na legislação processual.

.

Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.) Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 202-203.

34. Admitindo o reconhecimento ex officio apenas para os direitos indisponíveis, THEODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil, cit., p. 66; ROSENVALD, Nelson. "Prescrição: ela exceção à objeção", cit., p. 196.

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO - A IMPROCEDÊNCIA PRIMA FAC/E

no caso de propositura de demanda em foro contratual reputado abusivo. O magistrado deve, reconhecendo a abusividade da cláusula, remeter os autos ao domicílio do réu. Se o magistrado não proceder ao controle da competência no despacho liminar, e tendo sido citado o réu, que não alegou a ilicitude da cláusula contratual, há preclusão, com a prorrogação da competência do juízo (art. 1 14 do CPC). O magistrado pode controlar a competência territorial ex officio, mas não pode fazê-lo a qualquer tempo. A lógica é a mesma: a regra do

art. 1 12, par. ún., visa proteger o réu, presumindo o legislador (a partir das regras da experiência) que ele teria muita dificuldade de defender-se em um foro determinado em um contrato de adesão que lhe fosse desfavorável; se o próprio réu, já citado, não arguiu o vício, não há mais qualquer sentido na atuação estatal oficiosa, pois a premissa que a baseava desapareceu com o silêncio do demandado. A norma que permite o conhecimento de-ofício da prescrição é, também, uma norma de proteção do réu, partindo da presunção (reforçada pelas regras da experiência), de que o devedor normalmente costuma alegar a prescrição35; se ele, citado, não alega a prescrição, deixa de haver razão para que o Estado interfira no âmbito da autonomia privada. A identidade de ratio permite a analogia.

A nova regra consagra, então, um caso de improcedência prima facie: decisão de mérito pela improcedência, proferida antes da citação do réu. O magistrado, com base no § 5° do art. 2 1 9, no art. 269, 1 V, e no art. 295, IV, indefere a petição inicial, com resolução de mérito, sem necessidade de ouvir o demandado, já que a decisão lhe favorece.

Transitada em julgado a decisão que indeferiu a petição inicial com exame do mérito, deverá o escrivão comunicar ao réu o resultado desse j ulgamento, até para que ele possa ter conhecimento de uma decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material (art. 2 1 9, §6º, CPC).36

3. JULGAMENTO I MEDIATO DE CAUSAS REPETITIVAS

A Lei Federal n. 1 1 .277/2005 consagrou outra h ipótese de improcedência prima facie, ao criar o art. 285-A ao CPC:

"Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1° Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recu rso".

É preciso fazer algumas observações a esse novo artigo do CPC.

35. Percebeu o ponto, co111 a argúcia habitual, MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC, cit., p. 432.

36. Defendendo a mudança, porquanto parta da premissa de que a prescrição é uma questão de ordem pública, GÓES, Gisele. "A prescrição e a Lei n. 1 1 .280/06". A nova refor111a processual. Gustavo Santana Nogueira (coord.). Rio de Janeiro: Lu111cn Juris, 2006, p. 1 19-129.

fREDIE DIDIER JR.

a) Em primeiro lugar, convém fazer um alerta, por mais desnecessário que isso possa parecer: não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela improcedência. O réu não precisa ser ouvido para sair v itorioso.

Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça. Demais disso, não há uma obrigatoriedade de aplicação do dispositivo: pode o magistrado alterar o seu posicionamento anterior e, portanto, não repetir a decisão em um novo processo.

É como afirma Marinoni:

"Nesses casos não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação ao direito de ação, aí compreendido como o direito de influir sobre o convencimento do juiz. Para se evitar violação ao direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico".37

Como a apelação do autor permite juízo de retratação, garante-se, assim, o contraditório em favor do autor, que poderá, com as suas alegações, convencer o magistrado do equívoco de sua decisão (art. 285-A, § 1 º, CPC).

b) Perceba que essa hipótese de i mprocedênciaprimafacie exige o preenchimento de dois pressupostos.

Em primeiro lugar, a causa precisa ser unicamente de direito. Trata-se de causa cuja matéria fática possa ser comprovada pela prova documental.38 É h ipótese excepcional de julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), que passa a ser autorizado, também, antes da citação do réu, se a conclusão do magistrado é pela improcedência. Antecipa-se ainda mais o momento de julgamento da causa, dispensando não só a fase i nstrutória, mas inclusive a própria ouvida do réu. É exemplo de decisão definitiva, apta a ficar imune pela coisa julgada material.

Em segundo lugar, o julgamento antecipado é autorizado, nesse momento, se se tratar de causa repetitiva, ou seja, causa que verse sobre questão jurídica objeto de processos semelhantes (e não "idênticos" como se refere o legislador). É o que acontece nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as

tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores etc., sujeitos que se encontram em uma situação fático-jurídica semelhante. Nessas causas, discute-se normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica discutida. São causas que poderiam ter sido reunidas em uma ação coletiva. São exemplos: discussão de reajuste para uma categoria profissional, inexigibilidade de certo tributo, determ inado direito em face de uma concessionária de serviço público etc. Se o magistrado já tiver concluído, em outros 37. MARINONI, Luiz Guilherme. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 1 1.276 e 1 1 .277, de 8.2.06)". Disponível em: www.profossormarinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 151110.

38. Neste sentido, corretamente, DIAS, Jean Carlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro - Lei n. 1 1 .277". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n.

37, p. 63-64.

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO - A IMPROCEDÊNCIA PRJMA FAC/E

processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa. "O dispositivo não autoriza a simples ju ntada de uma cópia da sentença-tipo, ou seja, uma cópia reprográfica da sentença já proferida, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda".39 É preciso demonstrar que a ratio decidendi da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado.

Convém reproduzir o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, que identifica a existência de um pressuposto impl ícito para a aplicação do art. 285-A, a con fonnidade entre o entendimento do magistrado e posicionamento do respectivo tribunal sobre a matéria: "O art. 285-A dá ao juiz o poder de 'indeferir liminarmente' a petição inicial de ação que objetive decisão que j{t tomou em caso idêntico". Note-se, porém, que não há qualquer lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o tribunal ao qual é vinculado já firmou jurisprudência predominante ou editou súmula em sentido contrário. No caso em que o tribunal consolidou entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar da ação somente poderá observar a orientação do tribunal".40

O STJ encampou essa orientação, no julgamento do R.Esp n. 1 . 1 09.398-MS, rei.

Min. Luís Felie Salomão, de 16.06.201 1 ; entendeu-se que a aplicação do art. 285-A do CPC supõe que a sentença de improcedência prima facie esteja alinhada ao entendimento cristalizado nas instâncias superiores, especialmente no STJ e no STF.

Segundo o Min. Relator, os casos em que o CPC permite o julgamento liminar ou monocrático baseiam-se na solidez da j urisprudência, não havendo como se dissociar dessa técnica quando da utilização do dispositivo em comento. Ressaltou que a Lei n. 1 1 .277 /2006, ao incluí-lo no código processual, trouxe mecanismo voltado à celeridade e racionalidade processuais, o que não seria alcançado caso fosse permitida a prolação de decisões contrárias aos posicionamentos já consolidados.

c) A apelação interposta contra essa sentença também permite o juízo de retratação do magistrado (em cinco dias, § 1 º do art. 285-A), à semelhança do que já acontece com a apelação interposta contra as demais sentenças de indeferimento da petição inicial (art. 296 do CPC, com a diferença de que, nesse último, o prazo previsto para o juízo de retratação é de 48h).

Henrique Mouta entende que esta apelação, se alegar errar in iudicando, somente pode versar sobre a inexistência de semelhança do caso com o precedente. Adotando essa linha de entendimento, o tribunal apenas poderia verificar se há ou não semelhança entre as causas, que justifique a aplicação do art. 285-A. E arremata:

" ... a decisão do tribunal, ao afastar identidade entre os processos, não i nterfere n a interpretação a ser dada ao caso concreto, mesmo que o raciocínio caminhe na mesma direção do paradigma e culmine com a (mais uma vez) improcedência do pedido do autor".41

39. DIAS, Jean C arlos. "A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro-Lei n. 1 1.277", cit., p. 68.

40. MA RINONI, Luiz Guilherme. "O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmu la i mpeditiva de recurso (Leis 1 1 .276 e 1 1 .277, de 8.2.06)". Disponível em: www.professormarinoni.com.br, consultado em 18.04.2006, às 15h 10.

41. MOUTA, José Henrique. "Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 1 1 .277/06. Observações e criticas". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2006, n. 37, p. 79.



FREOIE ÜIOIER JR.

O posicionamento do autor é interessante. Sucede que: a) não há restrição legal à fundamentação desta apelação; b) para que serviria, então, a citação do réu para acompanhar a apelação?; c) tratando-se de causa que dispensa fase instrutória, com manifestação do réu, por que não aplicar o § 3° do art. 515 do CPC? Seguem os nossos comentários.

Há, porém, uma diferença. o caso ora analisado, se o magistrado não se retratar, antes de encaminhar os autos ao tribunal, deverá proceder à citação do réu, para responder ao recurso (art. 285-A, § 2°). De acordo com a regra do art. 296, essa comunicação do demandado estava dispensada. É, pois, regra especial.

As contrarrazões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, uma vez que se trata de sua primeira manifestação. Além disso, o réu defenderá a sentença, reforçando a argumentação do magistrado. Se o réu deduzir fato novo, será preciso intimar o autor para oferecer uma espécie de réplica.

Como se trata de causa cujo julgamento d ispensa a produção de outras provas (porque as questões de fato se provam documentalmente), não assustará se o tribunal, acaso pretenda reformar essa sentença, ao invés de determinar a devolução dos autos à primeira instância, também examine o mérito e julgue procedente a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou a defesa (em forma de contrarrazões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, § 3°, CPC).42 É possível que os tribunais interpretem o dispositivo desta maneira; por isso o réu, em tal situação, deverá fazer as suas contrarrazões considerando essa circunstância. A prevalecer esse entendimento, no mandado de citação deverá constar a advertência prevista no art. 285 do CPC (sobre o efeito da não-contestação/contrarrazões).

Veremos qual será o sentido para onde a jurisprudência vai apontar.

Discute-se se é permitido que o réu oponha exceção de incompetência relativa, no prazo de que dispõe para apresentar as suas contrarrazões à apelação interposta contra a sentença que aplica o art. 285-A, CPC Uulgamento liminar de causas repetitivas).

A dúvida j ustifica-se sobretudo pela circunstância de que, para significativa parcela da doutrina, inclusive deste Curso, as contrarrazões, neste caso, servem para veicular qualquer matéria de defesa. Funcionam, pois, como contestação.

Não parece ser possível ao réu opor exceção de incompetência relativa nesta situação.

Dois fundamentos.

i) O reconheci mento da incompetência relativa não implica inval idação de ato decisório: de nada adiantaria alegar a incompetência relativa, neste momento, tendo em vista que a instância já se encerrou, com a prolação de uma decisão que não poderá ser invalidada por esse motivo.

42. Henrique Mouta entende que as contrarrazões não podem assumir a natureza de defesa; se a apelação for provida. os autos devem retornar ao .1uízo a quo. intimando-se o réu para apresentar a sua resposta (MOUTA. José Henrique. ·'Processos repetidos e os poderes do magistrado diante ela Lei 1 1 .277/06.

Observações e críticas". cit., p. 78).

5 1 8

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO - A IMPROCEDÉNCIA PRJMA FAC/E

ii) Não há interesse do réu, que não pode alegar incompetência relativa de juízo que já sentenciou a seu favor.

Seria possível cogitar de um interesse eventual do réu, no caso de acolhimento da apelação do autor: o réu opõe a exceção de incompetência relativa para o caso de a apelação do autor ser acolhida.

Nem assim parece haver razão para permitir essa espécie de resposta do réu.

A apelação do autor pode fundar-se em errar in procedendo do juiz, que, por exemplo, aplicou o art. 285-A do CPC quando não poderia (em causa que depende de produção de provas em audiência, p. ex.). Nesse caso, se acolhida, a apelação implicará invalidação da sentença, com determinação para que o processo prossiga normal mente, hipótese em que ao réu será garantida a possibilidade de oferecer resposta ampla, incluindo a exceção de incompetência relativa.

A apelação pode fundar-se em errar in iudicando: a sentença é válida, mas a tese jurídica escolhida pelo juiz está equivocada. Nesse caso, o tribunal poderá reformar a decisão, oferecendo outra solução ao mérito da causa. A exceção de incompetência relativa não seria admissível, então, porque inócua: uma vez acolhida, não implicaria invalidação da sentença apelada e, como não há outras provas a serem produzidas (pois no caso a não houve errar in procedendo na aplicação do art. 285-A, CPC), o mérito poderá ser julgado pelo próprio tribunal. Não há qualquer prejuízo para o réu, pois eventual incompetência relativa do juízo de primeira instância deve realmente ser desconsiderada, se for possível proferir a sentença em favor do demandado, como foi o caso (aplicação do art. 249, § 2º, CPC: "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repeti r o ato, ou suprir-lhe a falta.").

d) Transitada em julgado a decisão que indeferiu a petição inicial com exame do mérito, deverá o escrivão cornu nicar ao réu o resultado desse ju lgamento, até para que ele possa ter conhecimento de uma decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material (art. 219, §6°, CPC, aplicado por analogia).

O Conselho Federal da OA B ingressou com ADI, com objetivo de decretar a inconstitucionalidade do art. 285-A (ADI n. 3695). O Instituto Brasileiro de D i reito Processual (IBDP) pediu para intervir no feito na qualidade de amicus curiae, com peça processual produzida por Cassio Scarpinella Bueno. O Min. Cezar Peluso entendeu aplicável o art.

12 da Lei Federal n. 9.868/1 999,43 remetendo ao Pleno do STF a análise sobre o pedido liminar, o que não ocorreu até a data de fechamento desta edição.

43. Art. 1 2 da Lei Federal n. 9.868/1999: "Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevfincia da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, 110 prazo ele dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submelcr o processo direlamente ao Tribunal, que terá a Faculdade de julgar dcfinilivamente a ação".

CAPÍTULO XVH

CITAÇÃO

Sumário • 1. Generalidades- 2. A citação como ·'pressuposto processual" -3. Comparecimento do réu não-citado

- 4. A recorribilidade do "cite-se" - 5. Pessoalidade (arl. 215, CPC)- 6. Local (art. 216, CPC) - 7. Impedimento legal para a citação (art. 217, CPC) - 8. Efeitos da ciiação (à luz do CC-2002) - 9. Modalidades: 9. 1 . Citação pelo correio; 9.2. Citação por mandado; 9.3. Citação por mandado com hora certa; 9.4. Ciiação por edital; 9.5.

Citação eletrôaica.

1. GENERALIDADES

A citação é o ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu ou interessado) de que em face dele foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou a manifestar-se. Tem, pois, dupla função: a) in ius vocatio, convocar o réu a juízo; b) edictio actionis, cientificar-lhe do teor da demanda formulada.

2. A CITAÇÃO COMO "PRESSUPOSTO PROCESSUAL"

A citação não é pressuposto de existência do processo.'

Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 2 1 9 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade cios atos processuais que lhe seguirem. A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nu-1 idade pode ser decretada a qualquer tempo, 2 mesmo após o prazo da ação rescisória (art.

475-L, 1 e art. 741 , 1, CPC-73) - trata-se também de vício "transrescisório", na eloquente expressão de José Maria Tesbeiner.3 Não se pode confundir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, com inexistência jurídica.4

1 . Em sentido contrário, apenas para exemplificar: A LYlM, José Manoel Arruda . Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da

se111ença. 4 ed. São Pau lo: RT, 1998, p. 39.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 107-108, especialmente a nota 107; M IRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de.

Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1 1 , p. 8 1-86.

3. Pressupostos processuais e 1111/idades no processo civil, cit., p. 283.

4. " ... a seatença de que se ocupa este ensaio existe, mas é nula. É ato processual levado a cabo onde, quando, como e por quem devia ser praticado, dentro de uma estrutura processual constituída (ainda que irregularmente), portanto, existente, mas contaminado de vício que lhe é origiaalmente externo: o processo mesmo que a gerou é radicalmente nulo, pois a citação é requisito de sua validade (CPC, art. 2 14)". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória"

ln: Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 254, com amplas referências bibliográficas).

Se já há processo antes da citação - que, a propósito, dá-se em seu bojo -, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar. "A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste".5

Se houver litisconsórcio necessário unitário passivo, a falta de citação de qualquer dos réus torna a sentença, que é ineficaz em relação a qualquer deles,

passível de nulificação a qualquer tempo, por provocação, também, de qualquer deles. Se o caso é de litisconsórcio necessário simples, a sentença é válida e eficaz em relação àqueles que participaram do feito, mas ineficaz em relação àquele que não foi citado,6 isso "porque a sentença, no caso, tem um conteúdo específico em relação a ele e somente em relação a ele".7 Nesse último caso, somente o litisconsorte preterido teria legitimação para pretender o reconhecimento da ineficácia/nulidade da sentença.8

Ademais, sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a absoluta ausência de prejuízo (art. 249, §§ 1° e 2°, CPC).

Aliás, o indeferimento da petição inicial é uma sentença lim inar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

5. DINAMARCO, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil, cit., v. 11, p. 504.

6. Barbosa Moreira, que participou da Comissão Revisora do projeto do atual CPC, sugeriu uma mudança de redação do parágrafo único do art. 47 do CPC, para esclarecer que há consequências distintas para a falta de citação de um litisconsorte necessário unitário ou simples. Cabe a transcrição das suas ponderações, escritas ainda em 1972: "Agora, o que importa saber é se ainda há de preponderar a conveniência da decisão simultânea, ou se ela deve ceder o passo à conveniência do aproveitamento da atividade processual realizada. Na primeira hipótese, o corolário lógico seria a completa inutilização do que se fez no processo defeituoso: nula a sentença, ter-se-ia de aguardar a instauração de outro feito, com regular integração do contraditório. para disciplinar validamente a situação litigiosa, mesmo quanto aos que houvessem participado do processo anterior; na segunda, permitir-se-á que subsista a regulamentação já fixada para os figurantes, evitando o sacrifício do tempo, do dinheiro e das energias gastas. Esta última solução é a que se nos afigura mais condizente com a função instrumental e a finalidade prática do processo. Daí termos proposto, em nossa emenda, que a sentença definitiva, acaso proferida sem a participação, no feito, de algum litisconsorte necessário seja havida como nula 'se a decisão tinha de ser uni forme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório ... - em outras palavras, se o consórcio, além de ser necessário, era também unitário; e 'ineficaz apenas para

os que não foram citados, nos outros casos' ... Na derradeira hipótese, fica em aberto a solução do litígio quanto às pessoas que, não obstante devessem figurar, de fato não figuraram no processo; mas, para os que dele hajam participado, prevalece o que se decidiu". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. litisconsórcio unitário.

Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 233). Nesse sentido, ainda, GUERRA F I LHO, Willis Santiago.

"Eficácia ultra-subjetiva da sentcnça, litisconsórcio necessário e principio do contraditório". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1996, n. 84, p. 267; DlNAMARCO, Cândido: Instituições de Direito Processual Civil, cit., v. 2, p. 504.

7. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsortc necessário". Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJUR!S, 1983, n. 28, p. 41.

8. JOBIM, Nelson. "A sentença e a preterição de litisconsortc necessário", cit., p. 42.

CITAÇÃO

3. COMPAREC l M ENTO 00 RÉU NÃO-CITADO

O réu não-citado pode comparecer ao processo e alegar somente a inexistência ou a invalidade da citação: a) decretada a nul idade: considerar-se-á feita a citação na data em que o réu ou seu advogado for intimado desta decisão; b) não decretada a nulidade: o processo segue regularmente.

Pode o réu, ainda, comparecer ao processo alegando a invalidade/inexistência de

citação e, ao mesmo tempo, oferecer a defesa: a) com pedido de novo prazo de defesa, tendo em vista a declaração da nulidade da citação e a necessidade de dispor de um prazo útil para produzir a defesa: concessão pelo juiz do prazo de defesa previsto em lei; b) sem pedido de prazo de defesa: o juiz, mesmo declarando a nulidade da citação, considera suprida a falha pelo comparecimento do réu e apresentação da defesa.

4. A RECORRIBI LIDADE DO "CITE-SE" 9

O centro da discussão consiste em saber se o "cite-se" é despacho ou decisão interlocutória.

Tratando-se de decisão interlocutória, seria recorrível (conforme art. 522 do CPC).

Já se for considerado mero despacho, seria irrecorrível (na letra do art. 504 do CPC), vez que não possuiria conteúdo decisório apto a gerar prejuízos aos l itigantes, sua função seria simplesmente ordinatória, no sentido de dar impulso ao processo; faltaria interesse recursai, requisito de admissibilidade dos recursos.

"Todo despacho é de mero expediente. São atos do juiz destinados a dar andamento ao processo, não possuindo nenhum conteúdo decisório. Se contiver nele embutido uru tema decisório capaz de causar gravame ou prejuízo à parte ou interessado, não será despacho mas sim decisão interlocutória. Isto ressalta cristalino do sistema do código.

O que a lei quis salientar, quando acrescentou ao termo despacho a locução 'de mero expediente' no art. 504, foi a irrecorribilidade daqueles atos judiciais. Vale dizer, a lei afirma irrecorríveis os 'despachos' porque são atos 'de mero expediente', incapazes de causar gravame à falta de conteúdo decisório".1º

Segundo Barbosa Moreira11 e Rita Gianesini, o "cite-se" é decisão que admite a petição inicial, julgando-a apta a desencadear o processo. Adotando-se este entendimento, em tese, a ordem de citação da parte adversa sempre conteria teor decisório, devendo-se considerá-la recorrível (na forma do art. 522 do CPC).

9. Escrito com o imprescindível apoio de Rafael Oliveira, Professor-Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

10. NERY JUNIOR, Nelson. Princípiosjúndamentais - Teoria Geral dos recursos.

4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 997, p. 206.

1 1 . BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novo Processo Civil brasileiro. 2 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21 e 22.

523

FREDIE DIDIER JR.

Rita Gianesini defende sempre ter o "cite-se" conteúdo decisório,jamais podendo

ser considerado mero impulso processual do juiz, vez que "pode prejudicar, e às vezes o faz, o réu, que passa a participar de determinada relação processual indefinidamente, até obter pronunciamento judicial, que, a rigor, deveria ter sido proferido no limiar do processo".1 1

J á para Teresa Arruda Alvim Wambier, o despacho que recebe a ação e determina que se efetive a citação não tem conteúdo decisório, "não significa de modo algum que se e-steja reconhecendo estarem presentes as condições da ação, os pressupostos processuais positivos etc. Não há, assim, decisão a esse respeito, até porque não há decisões impl ícitas no direito brasileiro".13

Mas consideramos que a problemática não pode ser analisada abstratamente, visto que o caráter decisório do "cite-se" só pode ser aferido à luz do caso concreto. Ou seja, a recorribilidade dessa ordem emanada do juiz depende da existência de interesse recursai (noção diretamente conectada à existência de gravame). Assim, deve-se questionar, caso a caso, se há ou não interesse recursai.

Em sendo o interesse recursai a exigência de atendimento ao binômio utilidade/necessidade, define-se que "o recurso é útil se, em tese, puder trazer ao recorrente alguma vantagem sob o ponto de vista prático" (...) e "necessário se se constituir na única via hábil à obtenção do benefício desejado pelo recorrente".14 Conforme Barbosa Moreira, afere-se a "utilidade da providência judicial pleiteada" e "necessidade da via que se escolhe para obter essa providência".15

Com olhos voltados ao caso concreto, a regra é, se o ato judicial que determina a citação causar gravame considerável, torna-se necessária e útil a interposição de recurso, que será via adequada para melhorar a situação da parte-ré prejudicada; nestes casos, a ordem de citação assume a condição de decisão recorrível.

Um caso elucidativo é o da ordem de citação sem a prévia apreciação de pedido de concessão do benefício da gratuidade, caso em que se pode opor embargos declaratórios por omissão e, empós, até mesmo, recurso de agravo.

12. Rita Gianesini sustenta, por demais, que o "cite-se" seria impugnável por agravo de instrumento com efeito suspensivo, mas, ressalta que não seria esta a solução ideal, sugerindo "seja introduzida no nosso direito positivo a possibilidade de o réu apresentar defesa prévia, que poderá ser recebida no efeito

suspensivo a fim de proporcionar uma reanálise das condições indispensáveis para o desenvolvimento regular do processo". (Da recorribilidade do "cite-se". Aspecros polémicos e awais dos recursos cíveis e outras formas de imp11gnaçcio às decisões judiciais. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.

939 e 943).

13. Os agravos no CPC brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

14. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11çcio aos recursos cíveis e à açcio rescisória. Brasília: Brasília

.Jurídica, 2000, p. 52 e 53.

15. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. V. V. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 297.



CITAÇÃO

5. PESSOALIDADE (A RT. 215, CPC)

Regra geral: a citação far-se-á na pessoa do réu. A citação do relativamente capaz: na sua pessoa e na do seu assistente; citação do absolutamente incapaz: na pessoa do seu representante; citação das pessoas jurídicas e pessoas formais (art. 1 2): a) União, Estados, DF, territórios: por seus procuradores; b) municípios: prefeito ou procurador; c) autarquias: presidente, diretor ou órgão que a lei instituidora indicar; d) massa fal ida: síndico; e) herança jacente ou vacante:

curador; t) espólio: inventariante. Se inventariante dativo: todos os herdeiros (art. 12, § 1 º); g) pessoas jurídicas de direito privado: por quem os seus estatutos designarem ou, não designando, por seus di retores ou pessoa com poderes de gerência geral ou de administração (art. 1 2, vr, c/c art. 223, par. ún.);16

h) sociedades sem personalidade: pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; i) pessoas jurídicas estrangeiras: pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; j) condomínio: pelo administrador ou síndico.

É possível, porém, a citação do réu na pessoa do seu advogado, quando esse tiver poder especial para isso ou nas hipóteses de ações incidentes, como a oposição (art. 57, CPC), a reconvenção (art. 3 1 6, CPC), a liquidação de sentença (art. 475-A, § 1 º, CPC), os embargos de terceiro (art. 1 .050, §3°, CPC, acrescentado pela Lei n. 12.125/2009) etc.

Os §§ do art. 2 1 5, CPC, cuidam de situação em que se presume a representação: a) do mandatário, administrador, feitor ou gerente em relação ao réu ausente, quando a ação se originar de atos por eles praticados; b) do administrador do imóvel encarregado de receber os aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou, na localidade em que se situa o imóvel, procurador com poderes para receber citação. Cita-se o cu rador, com nomeação restrita à causa, quando o réu sofrer de algum distúrbio ou estiver impossibil itado de receber a citação (art. 2 1 8 , §3°).

6. LOCAL (ART. 216, C PC)

Regra geral: em qualquer lugar em que se encontre o réu. A situação do militar: em serviço ativo, só será citado na unidade em que estiver servindo, se não for conhecida a sua residência ou nela não for encontrado.

7. I MPEDI MENTO LEGAL PARA A C ITAÇÃO (ART. 217, CPC)

Salvo se para evitar perecimento de direito, não se fará citação: a) a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso; b) ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do 16. Nos Juizados .Especiais, porém, há regra especial, que admite que o "encarregado da recepção" possa receber a citação da pessoa jurídica (art. 18, li, Lei Federal n. 9.099/1995).

falecimento e nos sete dias seguintes; c) aos noivos, nos três primeiros dias de bodas; d) aos doentes, enquanto grave o seu eslado. Superado o impedimento, a citação far-se-á normalmente. A restrição legal se refere apenas à pessoa do réu, de modo que, se ele dispuser de procurador com poderes adequados, poderá ser citado.17

Agora é permitida a citação do funcionário público em repartições públicas, expressamente vedada anteriormente. Ora, normalmente a citação é endereçada à residência do citando, e não ao seu local de trabalho, muito embora seja lícito o envio de correspondência a esse local.

8. EFEITOS DA CITAÇÃO (À LUZ DO CC-2002)18

Antes de citado, o sujeito indicado como réu é tão-somente parte na demanda. Um dos efeitos da citação é justamente o de completar a estrutura tríplice da relação jurídica processual. Yale dizer: não tem ela, a citação, como comumente se diz, o condão de proporcionar a formação do processo. O processo já existe desde o momento em que foi ajuizada a ação, aliás, como já visto.

A citação válida gera efeitos de ordem processual e material. No CPC, é o art. 219

que regula os efeitos da citação.

Um deles, na seara processual, é a litispendência. Litispendência é palavra que assume dois significados: a) pendência da causa, o percorrer criativo desta existência;19 b)

"Pressuposto processual" negativo, que obsta a repropositura de demanda ainda pendente de análise. O art. 2 1 9 cuida da l itispendência no primeiro sentido. Cumpre advertir que a l itispendência só é induzida com a citação em relação ao réu; para o autor, litispendência já existe a partir da propositura da demanda (art. 263 do CPC): "Por isto, para o demandante é com a propositura da ação que se estabelece a litispendência e, pois, para ele, é esse o marco inicial da l itigiosidade".2º A demanda, como se sabe, é a relação jurídica substancial deduzida em juízo, materializada na petição inicial. Ela existe, pois, independentemente da citação do réu. Por isso, segundo a lúcida lição de Antônio Dall'Agnol, "a litispendência não parece ser efeito da citação válida (salvo quanto à pessoa do réu), mas da propositura da ação",21 já que, completamos, desde que proposta a ação, a demanda já foi deduzida e, pois, não pode ser reproduzida.

Ademais, citação tem por efeito tornar l itigiosa a coisa ou o direito objeto da demanda.

17. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comenlários ao Código de Processo

Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 191.

18. Escrito com o imprescindível auxílio de Rafael Oliveira, Professor-assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

19. OLIVElRA, Carlos Alberto AI varo. Alienação da coisa litigiosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.

20. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo. Alienação da coisa litigiosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. !02.

2 1 . Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 507. O autor ainda prossegue: "A ação já pende, linearmente, entre o autor e o juiz antes da citação. Com essa, desde que válida, angularizando-se a relação processual, o efeito-já existente- atinge a pessoa do réu (rectius, do citado}"

(Ob. cit .. p. 507-508).

CITAÇÃO

Controverte-se, na doutrina, se a litigiosidade é efeito da citação ou da litispendência. "A litigiosidade não é efeito da citação, mas da litispendência. A citação é apenas o marco inicial, e o caráter litigioso da coisa é post e não propter citationem". 22 "É

evidente, portanto, que a litigiosidade não decorre nem da propositura da

demanda, nem da citação, mas exatamente do fluir da demanda, da litispendência, em suma, perdurando, em razão disso, para além daqueles marcos, que são apenas determinantes do seu início".23 Consequentemente, para o autor a coisa torna-se litigiosa desde a propositura da demanda.

Dessa forma, sobrevindo a citação válida, para o réu a coisa torna-se litigiosa, embora já o fosse para o autor. A l itigiosidade da coisa repercute processualmente: a ai ienação da coisa ou do direito, já então 1 itigioso, nã.o altera, segundo a dicção do art.

42, caput, do CPC, a legitimidade das partes, que continuarão a possuir capacidade específica (legitimidade) para permanecer atuando no processo, ativa ou passivamente.

É por isso que não cabe, por exemplo, à parte ré, que cedeu o direito objeto do litígio durante o trâmite do processo, alegar, após a alienação, a sua i legitimidade passiva ad causam.

Questões específicas.

a) Trata-se de efei10 malerial ou processual da citação? Para Theodoro Jr. e Nelson Nery Jr., trata-se de efeito de ordem processual. Resolve a questão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "Discute-se, em doutrina, se a litigiosidade, como efeito da litispendência, produz efeitos materiais ou apenas processuais. Na verdade, a litigiosidade compartilha das duas ordens de efeitos; há efeito material porque age para fora cio processo e a eficácia da sentença em relação ao adquirente é um dos exemplos mais evidentes (art. 42, § 3º); processual porque interfere no processo mesmo, daí, v. g., a não alteração de legitimidade elas partes (art. 42, caput), a possibilidade de substituição (art. 42, § Jº) ou de inserção do adquirente no processo (art. 42, § 2º)".24

b) E se feita a citação porjuízo incompete111e? O art. 219, CPC, não ressalva esta situação, como o faz com a constituição em mora e com a interrupção ela prescrição.

"Embora a lei processual silencie a respeito, entendemos que a ineficácia ela citação, daí decorrente, cessa no momento em que desaparecer o vício da incompetência e a litigiosidade nascerá no momento em que se verificar prorrogação ela competência, se possível, ou em que o juiz competente assumir o processo".25

c) E se houver li1isconsórcio passivo? "A citação de cada um dos litisconsones irá determinando o marco inicial, sem que, para isso, seja necessário o chamamento ao processo de todos. O art. 241, 11, refere-se apenas ao prazo para a resposta".26

22. HÉLIO TORNAGHI, Comentários ao CPC, p. 156.

23. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo. Alienação da coisa litigiosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 97.

24. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienaçcio da coisa litigiosa. cil, p.98.

25. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Alienação da coisa litigiosa. cit, p.!03-104.

26. OLIVEIRA, Carlos Alberto AI varo. Alienação da coisa liligiosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 104.

FREDIE DIDIER JR.

Outro efeito processual da citação válida é que o juízo onde ela se deu primeiramente, nos casos de conexão ou continência com outro processo, em trâmite perante juízo de distinta competência territorial, será o prevento para efeito de modificação da cornpetência.27

A citação válida também produz efeitos no âmbito do direito material.

De acordo com os arts. 2 1 9 do CPC e 405 do CC-2002, a partir dela se constitui

em mora o devedor.28 Interromperá a prescrição mesmo quando ordenada por juiz incompetente, pois vale como interpelação ou notificação (art. 397, par. ún., CC-2002).

Conceito de mora: é o retardamento ou imperfeito cumprimento da obrigação. É

a impontualidade culposa.

Mora solvendi ou do devedor: configura-se quando o inadimplemento da obrigação se dá por parte deste.

Mora ex re: mora em razão de fato previsto em lei. Ocorre quando há inadimplemento de obrigação positiva (dar e fazer) e líquida (valor certo), que tenha data fixada para o seu cumprimento. O descumprimento acarreta automaticamente a mora, sem necessidade de qualquer providência do credor (o dia do vencimento interpela o homem, art. 397, CC-2002). Ocorre também quando se tratar de obrigação negativa, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster (art. 390, CC-2002). Por último, haverá mora ex re, quando da prática de ato ilícito, desde o momento em que foi praticado (art. 398 do CC-2002).29

Mora ex per sona: ocorre quando a obrigação não tiver data fixada para o seu cumprimento, dependendo de providência do credor. Aqui, o devedor só se incorrerá em mora pela notificação, interpelação ou protesto (art. 397, par. ún., CC-2002).

Também conforme o art. 2 1 9, a citação válida interrompe a prescrição. Esse último efeito material ocorrerá mesmo que o ato da citação haja sido ordenado por juízo incompetente.

Significativa mudança no regramento da prescrição, com imediato reflexo no Código de Processo Civil, deu-se no rol de fatos jurídicos que interrompem o fluxo do prazo prescricional: em vez de a citação pessoal ser o fato i nterruptivo do curso desse prazo, como previa o inciso 1 do antigo art. 172 do CC-1916, agora se estabelece o "despacho 27. Quando tiverem a mesma competência territorial, a prevenção se dá em favor daquele que despachou primeiro (arl. 106 do CPC). Em causas coletivas, a prevenção dar-se-á com a propositura da demanda (art. 2º, par. ún., Lei Federal n. 7.347/85)

28. Nos casos em que a dívida perseguida é líquida e tem termo certo, constitui-

se em mora o devedor desde o momento em que a dívida se venceu (art. 397, cap111, do CC-2002); quando não tem termo certo, constitui-se o devedor em mora pela interpelação juchcial ou extrajudicial (art. 397, p. único, do CC-2002). Nos casos de prática de ato ilícito, a mora se constitui desde a data do evento (art. 398 do CC-2002). Assim, a mora de que ora se trata refere-se aos casos em que, inexistindo termo certo, o devedor não foi constituído em mora por meio de interpelação.

29. Enunciado n. 54 da súmula da jurisprudência predominante do STJ: "Os juros moratórias fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação" como aquele apto a interromper o seu transcurso.3º

Cumpre advertir que não é qualquer despacho liminar que i nterrompe a prescrição.

É necessário que o magistrado tenha feito um juízo positivo, ainda que prévio/precário, da admissibilidade da causa (verificação da existência das

condições da ação e pressupostos processuais), convocando o réu ao processo. Despacho que determ ina a emenda da petição inicial, por exemplo, não interrompe a prescrição, tampouco a sentença que indeferiu a petição inicial. Eventual extinção do processo sem julgamento do mérito, após a citação, não impede que se considere interrompida a prescrição- deve o autor lembrar, no entanto, que a prescrição somente se interrompe uma vez (art. 202, caput, CC-2002).

Como, então, o art. 202 do CC-2002 repercutiu no CPC-73?

O art. 2 1 9 do CPC-73, em consonância com o CC-1916, previa a citação válida como fato interruptivo da prescrição. Há, pois, nítida incompatibil idade entre os dispositivos, que tratam do mesmo assunto - a norma do art. 2 1 9 do CPC é, ademais, no particular, heterotópica, por versar sobre causa de interrupção da prescrição. Está revogado o Código de Processo Civil, pois lei posterior, também de cunho geral, regulou idêntica matéria, incidindo o § 1 º do art. 2° da Lei de Introdução ao Código Civil:31 o que interrompe a prescrição é o despacho citatório e não mais a citação válida.

Seguiu o legislador do Novo Código a linha do que já se estabelecia para a prescrição da execução (art. 617 do CPC), inclusive a fiscal (art. 8º, §2º, Lei Federal n.

6.830/80).32

Elaborado o painel que con fronta o art. 202, 1, CC-2002, com a legislação processual, não se pode d izer, contudo, que todo o regramento da interrupção da prescrição, previsto no CPC-73, foi revogado.

De fato, o §1º do art. 2 1 9 desse Código determina que a interrupção da prescrição deve retroagi r à data da propositura da demanda. Considera-se proposta a demanda, na forma do art. 263 do CPC-73,33 na data da distribuição ou do despacho liminar, quando aquela não for necessária (quando houver apenas um ju ízo com um juiz). Perceba-se que, no segundo caso, se o despacho liminar for positivo (determinou a citação), não haverá que se falar em retroação da data da interrupção da prescrição, que se interrompeu no mesmo momento em que a demanda se considera proposta.

30. Em sentido contrário, desconsiderando a mudança e entendendo que a citação válida interrompe a prescrição, com efeitos retroativos à data do

despacho, Carlos Roberto Gonçalves. Principais inovações no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.

3 1 . "§ 1 º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompativel ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

32. § 2° do art. 8 da Lei Federal n. 6.830/80: "O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição".

33. Art 263 do CPC-73: "Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída. onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no arl. 219 depois que for validamente citado".

FREDIE DIDIER JR.

Parece-nos totalmente aplicável o dispositivo, desde que se leve em consideração que o fato interruptivo é o despacho citatório. Determinada a citação pelo magistrado, interrompida estará a prescrição; sucede que a lei processual impõe que se a considere interrompida desde a data da propositura da causa, como medida de tutela jurídica do credor, plenamente aplicável no particular. O § 1 ° do art. 2 1 9 do CPC-73 segue a sorte do caput desse dispositivo: como este foi parcialmente revogado, passa agora o parágrafo a

"servir" à regra contida no art. 202 do CC-2002, como seu complemento. Ademais, deve

-se lembrar que este parágrafo teve a sua redação alterada pela Lei Federal n. 8.952/94, exatamente para beneficiar o credor - mesmo intuito da nova legislação codificada -, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial da época.34 Eis como compatibilizamos a nova regra do CC-2002 com o regime da interrupção da prescrição contido no CPC.35

Além disso, conforme prevê o próprio texto do inciso l do art. 202 do CC-2002, a citação deve ser feita no prazo que determina a lei processual, que o regula nos §§ 2° e 3° do mesmo art. 2 1 936 (ambos ainda em pleno vigor).

Por fim, uma observação à parte. Não cuidou o Código da interrupção da decadência.

Fê-lo muito bem. Não há como interromper-se prazo decadencial. Houve proposta de emenda ao CC-2002, em que se pretendeu estender à decadência o efeito interruptivo da prescrição decorrente da citação em juízo. Em sentido contrário, salientou o relatório da Comissão Revisora, de que foi relator o Min. Moreira Alves: "A decadência só se aplica a direitos potestativos, que são direitos sem pretensão, e, portanto, insusceptíveis de violação. Assim sendo, somente quando, para o exercício do direito potestativo, é preciso usar de ação judicial, é que se vai a Juízo (para, por exemplo, exercer direito de anular negócio jurídico). Ora, o simples ajuizamento da ação, que é instrumento do exercício desse direito potestativo, significa que a parte está exercendo o seu direito. Por isso, e não porque haja interrupção ou suspensão do prazo de decadência, é que esse direito não mais decai: o exercício afasta a decadência, pois esta só ocorre se o direito não é exercido".37

Obrigação da parte de promover a citação (§§ 2° a 4° do art. 219). O autor deverá providenciar tudo quanto seja possível para promover a citação do réu. Terá 1 0 dias para isso. Não conseguindo, poderá requerer a prorrogação desse prazo por no máximo 90 dias. Realizando-se a citação em momento posterior a esse prazo, haver-se-á por não interrompida a prescrição no momento da propositura da ação, mas apenas da data em que se ultimou a diligência.

34. Sobre os antecedentes da reforma do §1º do arl. 219 do CPC, ver Cândido Dinarnarco. A Reforma do Código de Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros

Ed., 1 998, p. 78-79.

35. Conferir, com absoluta precisão, STOLZE e PAMPLONA FILHO. Novo Curso de Direito Civil, v. 1, p. 499.

36. §§ 2° e 3° do arl. 219 do CPC. "§2º Incumbe à parle promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. §3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias".

37. A Parte geral do Projeto de Código Civil, p. 1 57.

CITAÇÃO

"Tem significado bastante escasso e pouco pode fazer o autor para que a citação se consume: aforada a inicial sem vícios e com o nome e endereço do réu corretamente indicados, feito o preparo inicial, depositados os recursos necessários à d iligência, nada mais lhe resta fazer. Os advogados mais d i l igentes procuram obter a rápida expedição de mandado, entram em contato com o oficial de justiça, oferecem-lhe condução, mas tais atos são informais, muito embora úteis.

(Dinamarco) O risco de que reste à parte algum ato a praticar para que a citação se perfectibilize é mínimo: se a citação for postal, bastam o requerimento e o fornecimento da cópia da inicial; se por mandado, dado o despacho, tudo o mais incumbe à Justiça; se por edital, a diligência da parte será para a entrega ao órgão oficial e jornais, quando necessário, do teor do edital a ser divulgado, que deverá ter sido fornecido pela Justiça".38

Permanece plenamente aplicável o entendimento fixado pelo STJ no enunciado n.º

106 de sua súmula, segundo o qual a parte não pode ser prejudicada pela demora na diligência de citação do réu, se esta demora não lhe for imputável.39 Ainda que não se refira o entendimento sumu lar especificamente à demora do magistrado em proferir o despacho citatório, o mesmo raciocínio aqui deverá ser aplicado, pois o ato a que se condiciona a interrupção da prescrição (despacho) não depende da vontade ou da dil igência da parte, não se lhe podendo, por isso, imputar o prejuízo de qualquer demora.

Por outro lado, o regramento do CC-2002, relativo à interrupção da prescrição traz uma inovação quanto aos prazos prescricionais civis: a possibilidade de que sejam interrompidos apenas uma vez (art. 202, caput, do CC-2002). Desse modo, tendo havido a interrupção da prescrição já uma vez, por qualquer das causas previstas no rol do art. 202 do CC-2002, ainda que sobrevenha outra daquelas situações, já não mais será interrompido novamente.40

De acordo com o art. 202, parágrafo único, do CC-2002, uma vez interrompido pela citação, somente recomeça a correr o prazo prescricional a partir do último ato do processo (que, se for o cognitivo, será o trânsito em ju lgado). Diante disso, afirma Humberto Theodoro Jr. que, "se a ação principal for proposta após a ação preparatória ou cautelar, a prescrição interrompida pela citação naquelas primitivas causas não sofrerá nova interrupção em razão do ato citatório do novo processo. Mas o efeito que impede a contagem do prazo prescricional enquanto pende o feito em juízo (art. 202, parágrafo único), que teve começo no processo primitivo, perdurará enquanto não se encerrar o processo principal, dado o vínculo de acessoriedade que há entre eles".41

38. PASSOS, José Joaquim Calrnon de. Inovações 110 Código de Processo Civil. s/e. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 104.

39. Eis o exato teor da Súmula 1 06/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".

40. THEODORO J R., Humberto. Co111e11tários ao novo Código Civil, vol. 3, torno 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 255.

41. Idem, ibidem, p. 255.

fREDIE DIDIER JR.

Registre-se aqui a concepção de Humberto Theodoro Jr. sobre a necessidade de interrupção do prazo prescricional, tanto na citação do processo de conhecimento, quanto na citação do processo de execução do título judicial. Interpretando a regra do art. 202, parágrafo único do CC-2002, o autor faz a supracitada sugestão, exatamente para evitar que a continuação da contagem do prazo prescricional após o fim do processo de conhecimento inviabilizasse a pretensão executiva (a real tutela pretendida) do autor. A lição do mestre mineiro é acolhida para a exegese do parágrafo único do art. 202 do CC-2002.

Contudo, com a Lei Federal n. 1 1 .232/2005, não há mais necessidade de i nstauração de um processo autônomo de execução de sentença proferida no processo civil, que se efetivará em fase de um processo sincrético, com intimação do executado (e não sua citação).

Não há, pois, necessidade de duas citações e, pois, interromper duas vezes a prescrição.

É preciso, portanto, entender historicamente a ideia de I-IumbertoTheodoro Jr., que é plenamente aplicável às situações consolidadas antes da vigência da Lei Federal n.

1 1 .232/2005.

9. MODALIDADES

9.1. Citação pelo correio

É a regra geral. Não depende de requerimento da parte. Modalidade de citação instituída pelo CPC/73, seguindo os passos de leis protecionistas como a trabalhista e a de alimentos, sendo espécie de citação real, na medida em que depende da efetiva entrega da correspondência ao citando.

Há casos, porém, em que é inadmissível (art. 222 do CPC): a) ações de estado; b) quando for ré pessoa incapaz; c) quando for ré pessoa de direito público; d) nos processos de execução;42 e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência; f) quando o autor requerer de outra forma.

Requisitos da correspondência (art. 223, CPC): a) se fazer acompanhar de cópia da petição inicial; b) se fazer acompanhar de cópia do despacho do juiz; c) advertência do art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre di reitos disponíveis (art. 223, caput, c/c o art. 225, I T); d) indicação do prazo para a resposta; e) ind icação do juízo e cartório por onde tramita o processo; f) indicação do endereço do cartório. Não é mais exigido o odioso requisito de que conste no envelope postal o timbre do Poder e a indicação de que se trata de correspondência citatória. Protege-se, assim, o direito à intimidade, constitucionalmente garantido.

42. Por razões de ordem pragmática: é muito mais ágil, portanto mais convenienle ao próprio exequenle, a expedição de um mandado só, em cumprimento ao qual, automaticamente, o oficial de justiça passa da citação à penhora e subsequenle intimação do executado, sem maiores necessidades burocráticas. Se feita pelo correio, seria necessário esperar o aviso de recepção e só depois expedir o mandado para penhorar.

DINAMARCO, Candido Rangel. fnsti1111ções de Direito Processual Civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 415.

CITAÇÃO

Em 2006, com a reforma do § 5° do art. 219, CPC, o legislador radicalizou, permitindo o conhecimento ex officio de qualquer prescrição. As considerações críticas sobre o assunto já foram feitas no capítulo dedicado ao estudo do julgamento liminar da demanda.

Entrega da correspondência: regra geral: diretamente ao citando, se pessoa física, exigindo assinatura do recibo; a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, se o citando for pessoa jurídica, exigindo a assinatura do recibo.

A citação postal exige o aviso de recebimento (AR), conforme consagrado na súmula do STJ, n. 429.

Poderá ser feita para qualquer comarca do país. Muito embora a lei apenas mencione as comarcas, também se deve entender como abrangente das seções judiciárias. Trata-se de ato processual complexo, porquanto só se perfectibilize com ajuntada do AR aos autos, a partir de quando começa a correr o prazo de resposta.

"Em caso de recusa de recebimento ou de assinatura do recibo: reputa-se frustada a diligência, já que o carteiro não tem fé pública, restando ao autor a requerer por mandado, cobrando ao réu as custas da diligência fracassada".43

Entendeu o STJ que, se for o único endereço fornecido por pessoa jurídica, a caixa postal é válida para citação judicial pelo correio, em ação em que se discute relação de consumo (3ª T., REsp. n. 981.887-RS, rei Mina. Nancy Andrigh i , j . em 23.03.2010).

Ponderou a mi nistra relatora que "a ré não in forma, em suas correspondências aos clientes, o seu endereço, disponibilizando apenas telefones das centrais de atendimento e a caixa postal para a qual foi remetido o AR, provavelmente para dificultar o recebimento de citações e tornar inválidas as realizadas em outros endereços". E arrematou: "se o endereço da caixa postal é suficiente para eventuais reclamações do consumidor para a comunicação de fatos importantes para ele, seria contraditório pensar que não o seja para resolver questões que tragam, em contrapartida, transtornos à fornecedora de bens em serviços". Concluiu que, com fundamento no princípio da boa-fé, a citação, no caso, era válida. A decisão é bastante correta e evita, com isso, a prática de venire contrafactum proprium pela empresa ré: se, em suas relações com seu cliente, o endereço fornecido por ela é uma caixa postal, não lhe é permitido arguir que esse mesmo endereço não é adequado para a comunicação processual.

9.2. Citação por mandado

Mandado é a instrumentalização do ato do juiz pelo escrivão, que o assina. Trata-se de citação feita pelo oficial de justiça.

É admissível: a) nos casos das alíneas "a" a "/" do art. 222; b) quando frustrada a citação pelo correio.

Requisitos do mandado: a) nomes do autor e do réu; b) domicílios ou residências do autor e do réu; c) o fim da citação com todas as especificações constantes da petição, daí 43. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 11. p. 221.

533

a necessidade de uma contrafé da petição inicial (art. 225, par. ún., CPC); d)

advertência a que se refere o art. 285, segunda parte (se o litígio versar sobre direitos cujos fatos que o embasem admitam confissão); e) com inação (alguma ordem do juiz), se houver; f) dia, hora e lugar do comparecimento, se for o caso; g) cópia do despacho; h) indicação do prazo para defesa; i) assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

Formalidades: a) leitura do mandado pelo oficial; b) entrega da contrafé; c) certidão de recebimento ou recusa da contra fé; d) obtenção da nota de ciente ou certidão de que o réu não a apôs no mandado.

Citação em comarcas vizinhas ou pertencentes à mesma região metropolitana. O

CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição. As mitigações, entretanto, têm as suas próprias limitações: a) as permissões são apenas para os atos de comunicação, sem estender àquelas que importem constrição patrimonial; b) apenas em comarcas contíguas ou da mesma região metropolitana.

9.3. Citação por mandado com hora certa

Trata-se de hipótese de citação ficta ou presumida. Entende-se que seja inadmissível no processo de execução por quantia certa, tendo em vista o procedimento da pré-penhora (art. 653 do CPC).

Pressupostos a) objetivo: procura do réu por três vezes em dias distintos (aplicação analógica do parágrafo único do art. 653 do CPC) em seu domicílio ou residência sem encontrá-lo; b) subjetivo: suspeita de ocultação; o oficial deverá, pois, indicar expressamente os fatos evidenciadores da ocultação maliciosa.

Procedimento (art. 228): a) o oficial intimará qualquer pessoa da família ou, em sua falta, vizinho que, no dia imediato, voltará a fim de efetuar a citação na hora que determinar - o terceiro há de ser pessoa capaz, de nada valendo a intimação se se tratar de criança ou interdito; b) hipótese de desfazimento da suspeita: citação normal; c) hipótese de a pessoa, a quem se pôs a hora certa (pessoa da família ou vizinho) não estar presente no momento marcado: não importa.

Complemento: envio de correspondência pelo escrivão (art. 229) ao citado. Muito embora obrigatória, essa comun icação não integra os atos de solenidade da citação.

Na citação por hora certa, a remessa pelo escrivão da carta, telegrama ou radiograma dando ciência ao réu da citação é requisito obrigatório e, se não efetuada, acarreta a nulidade da citação. Se a certidão do oficial de justiça não explicita os dias e os horários em que realiza as diligências a procura do réu, também acarretará a nulidade da citação por hora certa. Precedentes citados: REsp 280.21 5-SP, DJ

13/8/2001, e REsp 473.080-RJ, DJ 24/3/2003. REsp 468.249-SP, Rei. Min. Nancy A ndrighi, julgado em 5/812003.

Não obstante, o prazo para a contestação começa a correr da juntada aos autos do mandado de citação, e não da juntada do aviso de recebimento da correspondência a que se refere o arl. 229 do CPC.

CITAÇÃO

No entanto, se, por equívoco, nesta comunicação houver advertência de que o prazo para contestação começará a correr da data da juntada do aviso de recebimento respectivo, e não em conformidade com a orientação acima, haverá de ser protegida a situação de confiança a que foi induzido o réu por um ato estatal: o prazo de contestação será o da juntada do aviso de recebimento da correspondência do art. 229 do CPC, e não o da juntada do mandado de citação.

Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A propósito, STJ, 3" T.,

REsp. n. 746.524/SC, rel. Mina. Nancy Andrighi, j. em 03.03.2009, publicado no DJe de 16.03.2009.

Havendo revelia, o mag.istrado deverá proceder à nomeação de curador especial ao réu (art. 9º, l i).

9.4. Citação por edital

Também h ipótese de citação ficta. Se houver revelia, nomeia-se curador especial para promover a defesa do réu revel fictamente citado.

Admissibilidade (ar/. 231, CPC): a) quando desconhecido o réu: não se sabe quem deve ser citado; b) quando incerto o réu: não se pode individualizar o citando dentre várias pessoas possíveis; c) quando ignorado o lugar em que o réu se encontra: não se sabe onde o réu está; d) quando incerto o lugar em que o réu se encontra: sabe-se do território onde o réu pode se encontrar, mas não se sabe precisar com exatidão o endereço, por exemplo; e) quando inacessível o lugar onde o réu se encontra: sabe-se o lugar exato, mas é ele inacessível em razão de guerra, revolução, epidemia ou recusa de cumprimento de carta rogatória, caso em que a notícia da citação deverá ser divulgada por rádio, se houver; f) nos casos expressos em lei (v. g. arts. 999, 953, 968, 908, !).

Responsabilidade do promovente da citação-edital (art. 233, CPC): se o autor agir maliciosamente, fazendo afirmação falsa, além de ser nula a citação (art. 247, CPC), incorrerá em multa de cinco vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo, que reverterá em benefício do citando. O CPC condiciona a punição à conduta dolosa da parte, que se equipara ao erro grosseiro.

9.5. Citação eletrônica

A Lei Federal n. 1 1 .419/2006 criou e regulamentou o processo eletrônico. No processo eletrônico, o Poder Judiciário vale-se de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcial mente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

No processo eletrônico, todas as citações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma dessa Lei (art. 9°).

Se a citação viabilizar o acesso do demandado à íntegra do "processo" ("autos

eletrônicos"), será considerada como vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais (art. 9º, § 1 °).

535

fREDIE DIDIER JR.

Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização da citação, esse ato processual poderá ser praticado segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente

destruído (art. 9°, § 2°).

Considera-se "transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores"

(art. 1°, II, da Lei Federal n. 1 1 .419/2006). A prática de atos processuais em geral por meio eletrônico será admitida mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art.

1° dessa Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 2° da Lei Federal n. 1 1 .419/2006).

A citação eletrônica, embora prevista em lei, será menos frequente do que a intimação eletrônica, certamente de uso mais general izado, pois dependerá, em princípio, do conhecimento, pelo autor ou pelo Poder Judiciário, do endereço eletrônico do demandado - e, ainda assim, será preciso confirmar se esse endereço é o correto, de modo a evitar fraudes.

A principal utilidade do novo inst ituto será, ao que parece, para os casos de: a)

"citação" (comunicação de uma demanda) em demandas incidentais, em que se possa fazê-la diretamente ao advogado da parte, como no caso da oposição, reconvenção, liquidação de sentença, embargos de terceiro, cumprimento da sentença e embargos à execu

ção; b) citação de litigantes habituais (bancos, concessionárias de serviço publico etc.), que firmem com o Poder Judiciário um convênio para estabelecer o endereço eletrônico em que receberão as citações (já existentes em alguns Estados, consoante lembrança de A lexandre Freitas Câmara, em conversa eletrônica mantida com o autor deste curso); c) entes públicos, que tenham também firmado convênio com o Poder Judiciário, como já ocorre, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

Em processos individuais autônomos, envolvendo litigantes eventuais, dificilmente a citação eletrônica poderá ser utilizada.

CAPÍTULO XVIII

RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Sumário • 1. Teoria da exceção: 1. 1. Acepções; 1 .2. Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual. Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico processual; 1 .3. Da exceção como direito de defesa; l .4. Ação versus exceção - 2. Espécies de defesa: 2 . 1 . Mérito/admissibilidade; 2.2. Objeções/

exceções; 2.3. Peremptória/dilatória; 2.4. Direta/indireta (classificação das defesas substanciais); 2.5. lnstrnmental/intema - 3. A contestação: 3. l . Noção geral; 3.2. A regra da evenrualidade ou concentração da defesa; 3.3.

Critica à interpretação literal do arl. 301 do CPC. Quebra cio dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito; 3.4. Ônus da impugnação especificada: 3.4. 1 . Noção; 3.4.2. Representantes judiciais que estão dispensados deste ônus (arl. 302, par. ím., CPC); 3.4.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas especificadamente, não serão havidas como verdadeiras; 3.5. Fo1ma e requisitos; 3.6. Pedido do réu; 3.7. Aditamento e indeferimento da contestação -4. Reconvcnção: 4. 1 . Noções gerais; 4.2. Impossibilidade de ampliação subjetiva do processo ("reconvenção subjetivamente ampliativa"); 4.3. Requisitos; 4.4. Diferença entre reconvenção e ação declaratória incidental (ADI); 4.5. Reconvenção e substituição processual - 5. Exce

ções instrnmentais: 5 . 1 . Generalidades; 5.2. Arguição de impedimento e suspeição; 5.2.1 . Generalidades; 5.2.2.

Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal; 5.2.3. Impedimento e suspeição de outros sujeitos da relação jurídica processual; 5.2.4 Eficácia externa da arguição de suspeição/impedimento; 5.2.5 Suspeição provocada, imparcialidade aceita e abuso do direito: a regra do art. 20, par. ún., do Código Eleitoral; 5.3. Exceção de incompetência - 6. A revelia: 6. l . Noção; 6.2. Eleitos; 6.3. M itigações à eficácia da revelia; 6.3. 1 . A confissão ficta não é efeito necessário da revelia; 6.3.2. Revelia não implica necessariamente vitória do autor; 6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa; 6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente (art. 321, CPC); 6.3.5. Intervenção do réu-revel; 6.3.6.

Necessidade de intimação do réu revel que tenha patrono; 6.3.7. Possibilidade de ação rescisória por erro de fato; 6.3.8. Querela nullitalis; 6.4. Revelia na reconvenção.

l . TEORIA DA EXCEÇÃO

1 . 1 . Acepções

Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. Esses sentidos seguem, mutatis mutandis, a

mesma linha das acepções conferidas à palavra "ação", o que possibilita desenhar um paralelo entre elas.

Qualquer que seja a acepção dada, o emprego da expressão "exceção" pressupõe a condição de demandado.1

No sentido pré-processual, exceção pode ser entendida como o direito abstrato de defesa, de fundo constitucional.

Na acepção processual, exceção é o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, neste último caso, o exercício concreto do direito de defesa. Exceção é, pois, a própria defesa. Em sentido processual ainda mais restrito, exceção seria uma espécie de matéria que não poderia ser examinada ex officio pelo magistrado.

Em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (essa relação entre os institutos é fundamental para a sua compreensão), sendo um direito de que o demandado 1 . FONTES, André. A prelensão como situação jurídica subjetiva. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 49.

se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe a eficácia - é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de detem1inada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito do réu em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão.2

1.2. Exceção em sentido substancial e exceção em sentido processual. Os contradireitos (exceções substanciais) e o seu regime jurídico processual.

A relação que se deve fazer entre a exceção em sentido processual e a exceção em sentido substancial é a mesma que se faz entre a ação processual de hoje e a actio romana: a partir do momento em que o direito material foi desvinculado do processo, não mais se justifica baralhar os conceitos, embora institutos distintos tenham o mesmo nome13•

Exceção, em sentido processual, é defesa, qualquer que seja ela (de mérito, ou não; direta, ou não; peremptória ou dilatória etc.). Exceção substancial é uma espécie de situação jurídica ativa (direito subjetivo, em sentido amplo) - trata-se de um fenômeno do direito material.

O exercício de uma exceção substancial é uma defesa -daí a aproximação dos termos, que costumam ser confundidos. Assim como o autor afirma um direito em sua demanda, o réu pode afirmar um direito em sua defesa. Normalmente, as exceções substanciais são examinadas pelos estudiosos do direito material. Mas, como o exercício delas é feito em juízo, na defesa do réu, interessa, neste momento, o estudo de algumas particularidades desta peculiar situação jurídica ativa.

A exceção substancial é o contradireito4: direito que se exercita contra o exercício do direito afirmado pelo autor. De acordo com a concepção deste Curso, exceção substancial e contradireito são expressões sinônimas, embora haja quem, como será visto adiante, considere a exceção substancial uma espécie de contradireito, ao lado de alguns direitos potestativos.

O contradireito é uma situação jurídica ativa5 - situação de vantagem - exercida como reação ao exercício de um direito. É um direito contra outro direito, assim como o antídoto é um veneno contra um veneno. Trata-se de um direito que não é exercido por 2. Também considerando a exceção substancial um contradircito: André Fontes, A pretensão como situação jurídica subjetiva, p. 49. "Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o ius exceptio11is". MIRANDA, Francisco Cavalcanri Pontes de. Tratado de direito privado. 4 ed.

São Paulo: RT, 1 984, t. 6, p. 24.

3. Mais ou menos como afirmado no texto. André Fontes. A pretensão como situação jurídica subjetiva. cit., p. 49.

4. FONTES, André. A pretensão como situação jurídica subjeliva, cit., p. 49

5. M ELLO, Marcos Bernurdes de. Teoria do Palo Jurídico: plano ela eficácia. 2' ecl. Silo Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 85-86; CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português: pa11e geral. 3ª ed. Coimbra: Almediua, 2007, t. 1, p. 350-353; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da exceção de com rato não cumprido. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 43.

538



RESPOSTA DO REU E REVELIA

ação. A afirmação deste direito é feita na defesa, e não na ação6. Por isso, não podem ser objeto de reconvenção ou pedido contraposto - sobre ambos, ver item mais à frente, neste capítulo. Quando reconvém ou formula pedido contraposto, o réu afirma ter direito (e não um contradireito) contra o autor.

Os contradireitos servem para neutralizar a situação jurídica afirmada pelo autor, como no caso da prescrição, do beneficio de ordem do fiador ou da exceção de contrato não cumprido, ou extingui-la, como no caso da compensação e do direito previsto no

§4º do art. l .228 do Código Civil'. Há quem designe apena os primeiros como exceções substanciais8, enquanto os outros seriam direitos potestativos exercitados na defesa9.

Parece-nos preferível designar tudo como exceção substancial, que se dividiria em duas espécies, conforme a respectiva eficácia - reconhece-se, porém, não ser uma posição dominante no plano doutrinário.

Ao exercitar um contradirei to, o réu, em vez de negar o direito afirmado pelo demandante, o supõe'º; exatamente por isso, o contradireito o tem em mira, para neutralizá-lo ou extingui-lo.

O réu, ao exercer um contradirei to, afirma a causa deste contra.direito e pede a consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não consiste em mera alegação de fato impeditivo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, tampouco é uma defesa direta (nega os fatos afinnados pelo demandante ou questiona as consequências j urídicas pretendidas): trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um direito, uma situação jurídica ativa, cuja peculiaridade é exatamente ser exercida contra a afirmação de um direito feita por outra pessoa.

6. Também nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 36 e 38.

7. § 4" do art. 1228 do Código Civil: "O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa {1rea, na posse ininterrupta e ele boa-te, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante".

8. Nesse sentido, Rafael Alexandria de Oliveira, que entende por exceção substancial apenas o contradireito neutralizante; não, porém, o extintivo (OUVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da exceção de contraio não cumprido, cil., p. 43.). O autor segue a linha de Pontes ele Miranda: M I RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. 4' ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 6. "A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos ele realização ela pretensão ... , só encobre a eficácia do direito". (MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4 ed. São Paulo: RT. 1984, t. 6, p. 10-1 1) 9. Pontes de Miranda, por exemplo, afirma que as exceções são "inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação.

Não destroem, não extinguem; encobrem eficácia" (M I RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parle geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, l. 6, p. 4).

1 O. "Ao contrário de negar o direito em vias ele exercício, a exceção supõe esse direito, mas supõe também um outro que toca ao excipiente". (Tl-IEODORO Jr., Humberto. Comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 183)

fREDIE DIDIER JR.

De um modo geral, a exceção substancial, para ser conhecida pelo juiz, precisa ser exercida pelo réu: como se trata de um direito, é preciso que aquele que afirma ser seu titular o exerça. Não pode, salvo expressa previsão legal, o magistrado conhecer ex officio dessa exceção - a prescrição, por exemplo, pode ser conhecida de ofício (art. 2 1 9, §5º, CPC).

Não exercido o contradireito no momento da contestação, ocorre a preclusão do direito de exercitá-lo, salvo se a lei expressamente permitir o exercício a

qualquer tempo, o que é raro (ex.: prescrição, art. 1 93 do CC-2002).

Observe que essas duas últimas características não são essenciais aos contradireitos: compõem apenas o seu regime jurídico-processual, cabendo ao direito positivo discipl iná-lo.

O art. 1 90 do Código Civil, ao enunciar que a exceção prescreve no mesmo prazo da pretensão, refere-se ao difícil tema da prescritibilidade dos contradireitos1 1 •

1.3. Da exceção como direito d e defesa

Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5°, XXXV e L V, CF/88).

Tem o réu, uma vez demandado, tanto quamo o autor, direito à decisão de mérito; a necessidade de o autor não poder prescindir do consentimento do réu para desistir da demanda, se já tiver havido apresentação da resposta, é sinal inequívoco neste sentido.

No entanto, do mesmo modo que se entende o direito de ação como um direito abstrato

- desvinculado da existência ou não do direito material alegado -, também a exceção se apresenta como um direito abstrato: tem direito de defesa mesmo aquele que, afinal, se mostre sem razão.

Grinover, Dinamarco e Cintra bem sintetizam o tema: "Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional".12

Importante frisar que, do mesmo modo que o direito de ação não se exaure com a propositura da demanda, "o direito de defesa não é apenas a apresentação da

resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juizo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor. Assim como o direito de ação, o direito de 1 1 . Sobre a prescritibilidadc das exceções, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Trarado dedireiro privado.

4' ed. São Paulo: RT, 1984, l. 6. p. 24-25; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da exceção de co111rato 11ào cumprido. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 224-229.

12. Teoria geral do processo. 1 7 ecl. São Paulo: \falheiros, 200 1 , n. 167, p. 273.



defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc". 13 Pode-se pensar, assim, em uma noção estática (a primeira) e em uma noção dinâmica (a segunda) do direito de defesa.

Como desdobramento disso, tem-se que, assim como o autor, também o réu tem direito a um procedimento adequado, em que possa exercer o seu direito de defesa de uma forma adequada, como manifestação das garantias da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário (ait. 5°, X:XXV, CF/88), do contraditório (art. 5°, LV, CF/88) e do devido processo legal (art. 5°, LTV, CF/88). Sucede que "nem todo procedimento, ainda que formalmente perfeito, atende ao direito de defesa, sendo necessário averiguar, em face do seu desenho legal, e a partir de um ângulo externo, se ele está de acordo com as necessidades do direito substancial e com os valores da Constituição. Em outras palavras, a lei, ao limitar o exercício do direito de defesa (reservando exceções para outra demanda), ao limitar o exercício do direito à prova, ou ainda ao inverter o ônus da prova, deve estar atenta às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. O réu também tem direito ao procedimento adequado". 14

1.4. Ação versus exceção

Para exemplificar o que até então se disse, bem como estabelecer uma correlação entre "ação" e "exceção", temos o seguinte quadro: SENTrDO

AÇÃO

EXCEÇÃO

Ação como direito abstrato de pro-

Exceção como direito abstrato

Pré-processual

vocar a atividade jurisdicional do de defesa em processo judicial Estado-juiz (sentido estático).

(sentido estático).

Ação como exercício do direito Exceção como exercício do direi-abstrato de provocar a atividade to abstrato de defesa em processo Processual

jurisdicional do Estado-juiz (ação judicial (defesa concretamente concretamente exercida: sentido exercida: sentido dinâmico).

dinãm ico).

Ação como o próprio direito ma-

teria! em exercício. Como se viu, Exceção como situação jurídica, trata-se de acepção antiga, oriunda do que a lei material considera como Material

Direito Romano, que não distinguia apta a impedir ou retardar a efi-entre relação jurídica processual e cácia de determinada pretensão relação jurídica material deduzida manifestada pelo autor.

no processo.

1 3 . MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 230.

14. MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1 999, p. 23 1 .

fREDIE DIDIER JR.

Por ora o que interessa é o estudo da exceção como situação jurídica do demandado.15

A exceção, assim, será estudada, a partir de agora, como o direito de defesa concretamente exercido, isto é, em sentido exclusivamente processual. Elabora-se, então, uma tipologia das defesas: a) admissibilidade e mérito; b) direta e indireta; c) dilatória e peremptória; d) objeção e exceção (em sentido estrito); e) interna e i nstrumental.

2. ESPÉC l ES DE DEFESA

2.1. Mérito/admissibilidade

a) Processuais ou de admissibilidade: são as defesas que têm por objeto os requisitos de admissibilidade da causa (condições da ação e pressupostos processuais). Dizem respeito a questões puramente processuais - ao menos em termos de direito positivo, pois o nosso sistema acolheu a tese de que as questões relacionadas às condições da ação não são questões de mérito. O objetivo do demandado é questionar a viabilidade de apreciação do mérito. A formulação de defesa contra a admissibilidade, que traz ao processo questão preliminar, impõe a intimação do demandante para a réplica (art. 327 do CPC).

b) São defesas de mérito: aquelas que o demandado opõe contra a pretensão deduzida em juízo pelo demandante (objeto l itigioso), quer para neutralizar os seus efeitos, quer para retardar a produção destes mesmos efeitos (exceções dilatórias de mérito), quer para negá-los peremptoriamente. Cumpre advertir que pode uma defesa de mérito ter por objeto uma questão processual. Isso porque é possível que o mérito seja composto exclusivamente por questões processuais, como ocorre, v. g., na ação rescisória (incisos II e IV do art. 485 do CPC, p. ex.) e nos embargos à execução (art. 741, l, do CPC). É por isso que preferimos, para evitar confusões desnecessárias, a expressão "defesa contra a admissibilidade ", em vez de "defesa processual ".

2.2. Objeções/exceções

Exceção é sinônimo de defesa, isso já foi visto. Chama-se, porém, de exceção (em sentido estrito) a alegação de defesa que, para ser conhecida pelo magistrado, precisa ter sido arguida pelo interessado.

Costuma-se dizer que as exceções substanciais não podem ser conhecidas ex officio.

Esta afim1ação, que certamente decorre da origem histórica do instituto "exceção", 16 vista no item anterior, é verdadeira para a generalidade dos casos. No entanto, o CC-2002 parece ter excepciociado a regra, ao pem1itir que o magistrado examine de ofício a prescrição que beneficie incapaz (art. 1 94 do CC-2002) - trata-se de autorização sem precedentes históricos. Em dezembro de 2004, a Lei de Execução Fiscal foi alterada (Lei Federal n.

6.830/1980), para pem1itir que o magistrado, desde que ouça a Fazenda Pública, conheça ex officio da prescrição intercorrente em matéria fiscal (art. 40, § 4º). 17

15. ROCHA, José Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 184.

16. Amaral Santos já apontava que o conteúdo da e.xceptio esta próximo do conteúdo da exceção substancial moderna (Da reco11vençcio 110 direito brasileiro. p. 57)

17. "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de oficio, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato."



RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Em 2006, com a refonna do § 5° do art. 2 1 9, CPC, o legislador radicalizou, pemütindo o conhecimento ex officio de qualquer prescrição, revogando, assim, o art. 194 do CC, que pe1mitia apenas o conhecimento ex officio da prescrição a favor de absolutamente incapaz. As considerações críticas sobre o assunto já foram feitas no capítulo dedicado ao estudo do julgamento liminar da demanda.

Convém atentar para a seguinte característica: o demandado, ao alegar uma exceção substancial, admite os fatos trazidos pelo autor como fundamento de sua

pretensão, mas exercita um direito que lhe neutraliza a eficácia (eis a razão da redação do art. 326 do CPC). Essa circunstância é muito importante, pois, se o demandado assim proceder, o demandante fica desonerado do seu ônus da prova (art. 333, 1 , do CPC), tendo em vista a incontrovérsia do fato constitutivo do seu direito (art. 334, III, do CPC).

Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento de oficio de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em face do autor. Como contradirei to, pode ser objeto de demanda autônoma. Assim, violaria a regra da congruência (arts. 128 e 460 do CPC) o magistrado que levasse em consideração exceções substanciais não alegadas pelo réu.18 São exemplos de exceção substancial: a prescrição; o direito de retenção (art. 1 .2 1 9 do CC-2002); exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC-2002) etc. A compensação (arts. 368-380, CC-2002), embora não seja rigorosamente uma exceção substancial, é um contradireito que também não pode ser conhecido ex officio pelo magistrado.

Também existem exceções (em sentido estrito) de conteúdo processual, como é o caso da incompetência relativa19 e do compromisso arbitral (art. 3 0 1 , §4°, CPC), ambas matérias que não podem ser examinadas de oficio pelo magistrado.

Não se deve, po1tanto, considerar que toda exceção em sentido est1"ito é substancial nem que toda exceção substancial é exceção stricto sensu. 20

Considera-se objeção a matéria de defesa que pode ser conhecida ex officio pelo magistrado.

1 8. "Assim, por exemplo, a compensação, o direito de retenção, a 'exceptio inadi111ple1i contractu ', configuram outras tantas situações na qual o réu poderia propor contra o autor uma ação autônoma. Tendo ele a faculdade de propor ou não esta ação, e não podendo o juiz dar andamento, de ofício, a uma ação dessa natureza, é lógico sustentar que essas mesmas situações, quando utilizadas como exceções, somente poderiam ser invocadas por petição da parte. O juiz não poderia invocar a exceção, pela mesma raz;lo porque não poderia fazê-la como ação". (COUTUR.E, Eduardo. F1111da111entos do Direi lo Pmcessual Civil. Campinas: RedLivros, 1 999, p. 65.)

19. Há polêmica quanto à possibilidade de reconhecimcmo ex officio da incompetência relativa, como foi visto no capín1lo sobre competência.

20. Não se pode esquecer, nunca é demais repetir, que o instituto da exceção tem a sua origem no direito material.

O direito processual quando o incorporou, certamente o fez influenciado pelas construções dogmáticas da época. Exceção, para o processo, é defesa; é uma expressão genérica que engloba todas as alegações do demandado; exceção, no direito material, é uma determinada situação jurídica subjetiva ativa, que tem o objetivo de neutralizar detem1inada eficácia jurídica.

543

FREDIE DmrER JR.

Existem objeções substanciais, como é o caso da decadência legal, do pagamento e das causas de nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 1 68, par. ún., e art. 424 do CC

2002; art. 5 1 do Código de Defesa do Consumidor), e processuais, como as questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais (art. 267, § 3°, do CPC).

O STJ, sem maior fundamentação, entendeu que o juiz não pode, de oficio, reconhecer a abusividade de cláusulas em contratos bancários. Entendeu , assim, que a aplicação do art. 5 1 do CDC, que reputa nulas essas cláusulas, depende de provocação do consumjdor, pelo menos no caso de contratos bancários (súmula do STJ, n. 3 8 1 : "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de oficio, da abusividade das cláusulas".).

Também aqui se veem as marcas da história: tinha essa característica (de poder ser conhecida de ofício pelo magistrado) a antiga objeção do direito romano, que era uma figura de direito material relacionada ao sujeito passivo das obrigações, que, em vez de encobrir a eficácia da pretensão (característica da exceção substancial), visa extingui-la, eliminá-la. Enquanto a exceção substancial não discute a pretensão, a objeção a questiona, a nega. O acolhimento da objeção substancial reconhece a extinção da pretensão; o acolhimento da exceção reconhece a sua ineficácia. É importante, assim, distinguir a exceção substancial da objeção substancial.

Explica Pontes de Miranda:

"O excipiente recusa-se a satisfazer a pretensão porque a eficácia dessa está encoberta. Não objeta, não alega fato extintivo ou modificativo, ou que teria impedido o nascimento do direito do demandante. Nas objeções não há alegações de direitos, mas de fatos; nas exceções, há exercício de direitos, por meio de alegações e oposições".21

Na mesma linha, com outros argumentos, Calmon de Passos, que procura demonstrar a causa do tratamento diferenciado destas defesas de mérito.

"Há fatos extintivos ou impeditivos que, embora provados nos autos, não impedem que o juiz prolate uma sentença favorável ao autor, podendo ele,

portanto, deixar de levá-los em consideração, por motivo de não terem sido alegados pelo réu. E

assim agindo, o julgador não profere urna sentença injusta, no sentido de sentença que inova contra o direito. Outros fatos extintivos ou impeditivos existem, contudo, que, uma vez provado nos a utos, reclamam a consideração do magistrado, sob pena de, desconhecendo-os, proferir uma sentença injusta, por inovar contra o direito.22 No primeiro caso, diz-se que o fato extintivo é uma exceção; e porque não determinando sua existência, necessariamente, obstáculo à prolação de uma sentença justa, reclama-se a iniciativa do interessado para que ele seja devidamente considerado pelo juiz, sob pena de estar violando o princípio dispositivo, que 2 1 . PONTES D E MIRANDA. Trarado de direiro privado. 3 ed. São Paulo: RT, 1 984, t. XXTI, p. 28-29.

22. É como diz Eduardo Couture: "Se o juiz fõsse constrangido a condenar a um novo pagamento de urna dívida já liquidada, o processo seria um meio de criar direitos novos, o que, segundo a doutrina que estamos estudando, seria absolutamente contrário aos seus fins". (COUTURE, Eduardo. Fundamenros do Direiro Processual Civil. Campinas: RedLivros, 1 '>99, p. 66).





lhe impede tomar a iniciativa de tutela do interesse das partes. No segundo caso, cuida-se de uma objeção, porquanto a sua existência impede a prolação de uma sentença favorável, que será sempre injusta (contrária ao direito), se não forem aqueles fatos levados em consideração pelo juiz, tenha ou não havido provocação do interessado".23

O CPC não cuida expressamente das objeções substanciais. O magistrado pode conhecê-las ex officio, no entanto, por força do arts. 303, II, e 462, ambos do CPC. Não obstante a redação do art. 327 do CPC aparentemente referir-se apenas às exceções substanciais, impõe-se a intimação para a réplica também quando o réu alega r objeção.24

A distinção entre objeção e exceção ganhou relevo, nos últimos tempos, com o recrudescimento da denominada exceção de não-executividade, defesa interna ao processo de execução formulada pelo executado, sem garantia do juízo. Para uns, somente seria possível a objeção de não-executividade, pois somente as matérias que podem ser conhecidas de oficio poderiam ser alegadas sem a

necessidade de penhora (garantia do juízo); para outros, qualquer matéria defensiva poderia ser aduzida, desde que comprovada documentalmente (por isso o termo "exceção", que, como visto, pode assumir a acepção ampla de "defesa", qualquer uma).

Como instituto de direito material - Direito oposto pelo sujeito passivo que visa a impedir ou retardar a eficácia jurídica da pretensão (exceção de contrato não-cumprido, direito de retenção etc.).

Processual- Ex.: exceções de incompe

- Qualquer defesa, e, em sentido estrito, {

Exceção

Como instituto de direito processual

tência relativa e compromisso arbitral.

aquela que não pode ser conhecida de

oficio pelo magistrado.

Substancial - Ex.: compensação etc.

Como instituto de direito material - Fato oposto pelo sujeito passivo que visa a negar a própria pretensão (decadência, pagamento etc.).

Processual - Ex.: pressupostos de ad

Objeção

missibilidade da demanda -pressupostos

Como instituto de direito processualprocessuais e condições da ação.

Qualquer defesa que possa ser conhecida

de oficio pelo magistrado.

Substancial - Ex.: decadência legal,

pagamento etc.

23. PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, V. III, p. 255.

24. PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, V. Ili, p. 407.

2.3. Peremptória/dilatória

Exceção dilatória é aquela que apenas dilata no tempo o exercício de determ inada pretensão; a exceção dilatória retarda o exame, o acolhi mento ou a eficácia do direito do demandante. São exemplos: nulidade de citação; conexão; incompetência (salvo nos Juizados Especiais, art. 5 1 , III, Lei Federal n. 9.099/95); exceção de contrato não cumprido; direito de retenção etc. Como se percebe, é possível a existência de exceção dilatória de mérito e de admissibilidade - normalmente, costuma-se restringir as exceções dilatórias ao rol das defesas processuais, o que é grave equívoco.

Exceção peremptória é aquela que objetiva perimir o exercício da pretensão, fulminá-lo. São espécies de exceção peremptória: prescrição, carência de ação; compensação; pagamento etc. Aqui, também, visualizam-se exceções peremptórias de mérito e de admissibilidade.

Esta classificação remonta a Gaio, jurisconsulto romano, e foi inicialmente feita para exceptio romana, figma de direito material. Dizia-se que as exceptiones peremptórias seriam perpétuas, pois poderiam ser opostas a qualquer tempo, e as dilatórias, temporais, porquanto eram oponíveis durante um determinado prazo.25

2.4. Direta/indireta (classificação das defesas substanciais)

Considera-se defesa direta aquela em que o demandado se limita (a) a negar a existência dos fatos jurídicos constitutivos do direito do autor ou (b) negar as consequências jurídicas que o autor pretende retirar dos fatos que aduz (embora reconheça a existência dos fatos, nega-lhes a eficácia jurídica pretendida, em conduta que se denomina de confissão qualificada). O réu, ao assim defender-se, não aporta ao processo nenhum fato novo. Se a defesa do réu limitar-se à impugnação direta, não haverá necessidade de réplica - manifestação do autor sobre a contestação (arts. 326-327 do CPC). Só se pode falar de defesa direta de mérito, pois todas as defesas processuais são indiretas.26

O demandado apresenta defesa indireta quando agrega ao processo fato novo, que impede, modifica ou extingue o direito do autor. Isso acontece quando o demandado aduz uma exceção substancial (defesa indireta de mérito que não pode ser conhecida ex o.fficio pelo magistrado - art. 326 do CPC) ou uma

objeção substancial (defesa de mérito que pode ser examinada de ofício pelo magistrado). Se houver defesa indireta, haverá necessidade de réplica, pois o autor tem o direito a manifestar-se sobre o fato novo que lhe foi deduzido. A existência de defesa indireta repercute na distribuição 25. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano.

São Paulo: RT, 1 996, p. 97-98.

26. "As defesas processuais são todas indiretas, porque não vão diretamente à situação de direito material nem se destinam a obter para o réu uma sentença de mérito favorável. .. " (D!NAMARCO, Cândido Rangel.

Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. li, p. 324.) 546

do ônus da prova, que é do réu em relação aos fatos novos (a11. 333, II, CPC), e na possibilidade de cisão da confissão, que a princípio é indivisível (art. 354 do CPC27 -

confissão complexa).

2.5. Instrumental/interna

Considera-se exceção interna aquela que pode ser formulada no bojo dos autos em que está sendo demandado o réu. A maioria absoluta das exceções pode ser formulada internamente.

No entanto, é possível, e muita vez ocoJTe, que o legislador imponha determinada fom1a para o exerdcio da exceção, que implique processamento autônomo, com autuação própria.

Chama-se de exceção instrumental aquela que, para ser apreciada, exige a formação de um instrumento (autos próprios; conjunto de documentos) autônomo e apensado aos autos principais. Trata-se de opção legislativa que se funda em critérios eminentemente operacionais, notadamente para facilitar o manejo da documentação processual. Ao determinar a autuação separada da exceção, visa o legislador "isolar" a discussão relacionada àquela específica matéria de defesa, impedindo a mistura da documentação e, por consequência, o tumulto processual. São exemplos de exceção dilatória instrumental a incompetência relativa, o impedimento e a suspeição (art 304 do CPC). Curiosamente, o CPC-73 reservou o vocábulo "exceção" para designar apenas esse tipo de defesa (a.i1s. 304 e segs.), o que, como se pôde perceber, é manifesto equívoco.

3. A CONTESTAÇÃO

3.1. Noção geral

A contestação está para o réu como a petição inicial está para o autor. Trata-se do instrumento da exceção exercida (exercício do direito de defesa), assim como a petição inicial é o instrumento da demanda (ação exercida). É pela contestação que o réu apresenta a suma dos seus argumentos de defesa.

A elaboração da contestação deve obedecer a duas regras: a) a concentração da defesa ou regra da evenh1alidade; b) o ônus da impugnação especificada.

3.2. A regra da eventualidade ou concentração da defesa

A regra da eventualidade (Eventualmaxime) ou da concentração da defesa na contestação significa que cabe ao réu formular toda sua defesa na contestação. Toda defesa 27. "A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitentc lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção."

547

FREDIE DIDIER JR.

deve ser formulada de uma só vez como medida de previsão ad eventum, sob pena de preclusão. O réu tem o ônus de alegar tudo o quanto puder, pois, caso contrário, perderá a opo1tunidade de fazê-lo.

A regra da eventualidade aplica-se, em uma acepção mais ampla, ao autor e ao réu.

"Os litigantes devem produzir as suas alegações simultaneamente, quando a lei

assim o disponha. Ainda que as alegações sejam excludentes, deve-se proceder assim na previsão, in eventum, de que uma delas seja rechaçada, cabendo então considerar a subsequente. (...) Uma expressão exagerada, mas ilustrativa do princípio de eventualidade, e da necessidade de evitar a preclusão das alegações logicamente anteriores, contém-se no seguinte dístico clássico: 'Primeiro, não me deste dinheiro algum; segundo, já o devolvi faz um ano; terceiro, disseste que era um presente; e, finalmente, já prescreveu".28

Da mesma forma que o autor pode cumular pedidos, própria ou impropriamente, pode o réu cumular defesas, própria ou impropriamente. Haverá cumulação própria de defesas quando o réu apresentar defesa contra vários pedidos que lhe foram apresentados também em cumulação própria: cada defesa faz o contraponto a um pedido e o demandado deseja que todas elas sejam acolhidas. Haverá cumulação eventual de defesas quando o réu alega uma defesa para a hipótese de a outra, anteriormente formulada, não ser acoUiida; aliás, isso é o que normalmente ocon-e, pois o réu, preocupado com a observância da regra da eventualidade, apresenta rol exaustivo de defesas. A uma defesa processual, o réu soma uma defesa de mérito para o caso de aquela não ser acolhida.

Oportuna a lição de Cândido Dinamarco, que relaciona a regra da eventualidade com a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC): "Essa faculdade bastante larga repercute nos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual a sentença passada em julgado fica imune a qualquer alegação que pudesse pôr em dúvida a estabilidade dos seus eleitos. Ao impedir o conhecimento de qualquer questão referente a processo já extinto, quer as que ali foram suscitadas e discutidas, quer as que não o foram embora pudessem sê-lo (o deduzido e o dedutível), o art.

474 do Código de Processo Civil transmuda em autêntico ônus do réu o exercício das faculdades inerentes à eventualidade da defesa - porque, ou ele alega todas as defesas que tiver, ou não poderá alegá-las mais, depois que o mérito for julgado e a sentença ficar coberta pela coisa julgada".29

A regra da eventualidade autoriza, pois, que o réu deduza defesas logicamente incompatíveis. Mas o princípio da boa-fé processual impõe que essa cumulação de defesas incompatíveis tenha limites.30 Nem toda ilogicidade é superada pela aplicação da regra da concentração da defesa.

28. COUTURE, Eduardo. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas:

RcdLivros, 1 999. p. 132-133.

29. Jnsri111ições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3. p. 469.

30. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil. São Paulo: RT, 2005. p. 246.

548

RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Luiz GutLHERME MARTNONl fornece interessante exemplo de incompatibilidade insuperável pela regra da eventualidade: se o réu afirma que a mercadoria entregue possui vícios, "é impossível negar a sua entrega, pois o juiz, para verificar a existência de vícios, deve necessariamente admitir a entrega da mercadoria".31 De fato, não se aceita a cumulação das defesas "nada devo" com a "exceção de contrato não cumprido", defesa que pressupõe a existência do direito afumado pelo demandante.32 Do mesmo modo, não pode o réu alegar, simultaneamente, que jamais contratara com o autor e, se rejeitada essa alegação, já pagara a dívida.

Note, porém, que pode o demandado alegar que pagou e, eventualmente, a dívida está prescrita. Pode-se alegar que o ato ilícito afirmado pelo autor jamais existiu e, mesmo se tivesse existido, a pretensão ressarcitória dele consequência estaria prescrita. Essas alegações, embora não possam ser acolhidas simultaneamente, compatibilizam-se pela regra da concentração da defesa.

O art. 3 0 1 do CPC lista um rol de defesas processuais que devem ser apresentadas na contestação, antes de o réu discutir o mérito da demanda. Ei-las: a) Incompetência absoluta do juízo: a primeira que deve ser suscitada. Se a parte não deduzir a incompetência no prazo de contestação, responderá integralmente pelas custas (art. 1 1 3, § ! º) . O réu deve pedir a invalidação dos atos decisórios porventura já praticados e a remessa dos autos ao juízo competente. As principais considerações sobre o tema foram feitas no capítulo sobre competência.

b) Nulidade ou inexistência de citação: trnta-se de defesa di latória, pois o máximo que o réu poderá conseguir com o acolhimento da sua alegação é a renovação do prazo para a apresentação da sua resposta.

e) Inépcia da petição inicial: não é somente a inépcia da petição inicial que pode ser alegada pelo réu, mas, também, qualquer outro defeito do instrumento da demanda.

Cumpre lembrar uma lição já ministrada: o eventual acolhimento da alegação de defeito da petição inicial, formulada pelo réu, não implicará indeferimento da petição inicial, que já fora deferida, mas extinção do processo em razão da falta de um requisito processual de vai idade.

d) Perempção, litispendência e coisa julgada: trata-se, como já se viu no capítulo sobre pressupostos processuais, de requisitos processuais negativos, pois são fatos que não podem ter ocorrido para que o processo se instaure regularmente.

3 1 . MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil - teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, v.

1, p. 326; OUVE! RA, Rafael. Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 2010, p. 202.

32. OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido, cit., p. 20 1 .

e) Ausência dos requisitos de admissibilidade do processo: o réu alegará a falta de condições da ação e de qualquer dos pressupostos processuais.

f) Conexão e continência: conforme já estudado no capítulo sobre competência.

g) Convenção de arbitragem: a inexistência de convenção de arbitragem, compromisso arbitral ou cláusula comprornissória, é "pressuposto" de desenvolvimento válido e regular do processo. Sobre o regime processual da

convenção de arbitragem, ver o capítulo sobre a "extinção do processo", no item respectivo.

h) Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar: falta de pagamento de honorários advocatícios de processo extinto sem julgamento do mérito, quando o autor intente a mesma ação, falta de depósito obrigatório na ação rescisória, falta de caução pro expensis prevista no art. 835 do CPC etc.

O juiz poderá conhecer de ofício de todas essas matérias, salvo do compromisso arbitral (an. 301, §4°, CPC).

Há, no entanto, matérias que a própria lei impõe sejam alegadas em peça distinta da contestação: a) incompetência relativa; b) impedimento e suspeição do magistrado, perito etc.; c) impugnação ao valor da causa; d) pedido de revogação da justiça gratuita concedida ao autor.

Há, também, matérias que podem ser alegadas após a apresentação da contesta

ção (art. 303 do CPC): a) que se refiram a direito superveniente: se se trata de fato ou situação jurídica que surgiu após a apresentação da defesa, e que é relevante para o j u lgamento da causa, obviamente o réu poderá alegá-lo posteriormente à apresentação da contestação (inciso I, em consonância com o art. 462 do CPC);33 b) objeções: se se trata de matéria que o magistrado pode conhecer ex officio, não haverá µreclusão decorrente da não-dedução dela na peça principal de defesa (inciso f l); e) matérias que, porforça de lei, podem ser deduzidas a qualquer tempo: há, ainda, matérias que a lei autoriza sejam deduzidas a qualquer tempo, independentemente da circunstância de poder ou não ser examinada ex o.fficio, como é o caso da decadência convencional (arts. 210-2 1 1 do CC-2002).

A flexibilidade que a lei confere à regra da eventualidade, quando aplicada ao réu, não encontra precedente em favor do autor, limitado que está ás regras de estabilização do processo previstas nos arts. 264 e 294 do CPC.34 Assim, em homenagem ao princípio da isonomia processual, convém que o art. 462 do CPC, que cuida do fato superveniente relevante para o deslinde do feito, seja interpretado com certa 33. Segundo Dinamarco, o arl. 303, 1, autoriza que o réu alegue não só fatos ou siluações jurídicas supervenientes, como também fatos já acontecidos à época da contestação, mas até então desconhecidos pelo réu (lnstiruições de Direiro Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , v. 3,

p. 470.) 34. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil. São Paulo: RT, 2004, p. 230.

elasticidade, para permitir, também e em certas circunstâncias, uma quebra da eficácia preclusiva da regra da eventualidade em favor do autor.

3.3. Crítica à interpretação literal do art. 301 do CPC. Quebra do dogma da primazia da defesa de admissibilidade sobre a defesa de mérito

O art. 301 do CPC determina que cabe ao réu, antes de discutir o mérito da causa, apresentar a sua defesa contra a admissibilidade do processo, apontando os vícios que porventura comprometam a validade do procedimento. Assim, as defesas do réu deveriam ser apresentadas em forma de cumulação imprópria: primeiro as defesas de admissibilidade e, em seguida, para o caso de não-acolhimento delas, as defesas de mérito.

A regra parte da premissa teórica da primazia das questões de admissibilidade em relação às questões de mérito. Nesse sentido, a análise daquelas deve preceder à análise dessas.

A previsão normativa merece uma aplicação não l iteral.

Primeiramente, é preciso compreender os requisitos de admissibilidade do processo como requisitos de validade. A falta de um requisito de validade somente pode gerar inadmissibilidade (invalidade do procedimento) se houver prejuízo ao i nteresse protegido pela exigência formal que foi desrespeitada. É por isso que o § 2º do art.

249 do CPC determina que "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta". A falta de um requisito de admissibilidade que visa proteger o réu pode ser ignorada, por exemplo, se o órgão jurisdicional puder julgar improcedente a demanda. Aquela suposta primazia não é, portanto, absoluta.

Em segundo lugar, é preciso notar que um julgamento de improcedência do pedido pode ser mais interessante ao réu do que uma extinção sem resolução do mérito, tendo em vista a aptidão que a primeira decisão possui para tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Ora, se em relação ao objeto litigioso do processo, composto pelo conjunto das postulações de autor e réu, vigora no Direito brasileiro o princípio dispositivo, não parece possível, sob pena de ofensa à liberdade, impor-se ao demandado, sempre, a opção pela decisão terminativa em detrimento de uma decisão definitiva que lhe seja favorável. Cabe ao demandado proceder a essa escolha, assim como cabe ao demandante estabelecer a ordem de prioridade dos pedidos

na cumulação subsidiária (art.

289 do CPC).

É claro que nem sempre isso será possível; por exemplo: se o juízo é incompetente, não será possível julgar improcedente o pedido. Mas se falta um requisito processual objetivo de validade (pagamento de custas ou escolha correta do procedimento), por que não permitir que o réu prefira a decisão de improcedência em vez da decisão terminativa (sem exame do mérito)? É sempre muito difícil explicar porque o réu pretende, 551

em primeiro lugar, a extinção sem exame de mérito, que permite a repropositura da demanda pelo autor, e, somente subsidiariamente, a improcedência do pedido, decisão que pode resolver o conflito defi nitivamente.

A questão tem alguma repercussão prática.

Como é sabido, se já houver resposta do réu, o autor somente pode desistir do processo com o consentimento do demandado. Afirma-se que, se o demandado pedir a extinção do processo sem resolução de mérito, não será possível negar consentimento à desistência, em razão da proibição de venire contra fac/um proprium. Se a extinção do processo sem análise do mérito é seu desejo, não pode o réu opor-se à eficácia da desistência do autor, que, enfim, é a concretização da vontade do demandado. Aplicado literalmente o art. 301, a defesa de admissibil idade do réu seria sempre prioritária em relação à defesa de mérito, impedi ndo, assim, que o réu se oponha à homologação da desistência. Caso o réu tivesse apresentando uma defesa de mérito como defesa principal, a ele seria lícito negar o consentimento à homologação da desistência, exatamente porque o seu principal objetivo é, em primeiro l ugar, a obtenção de uma sentença desfavorável ao autor.

Reforça-se, aqui, o que se vem repetindo em textos e palestras: a primazia é do julgamento do mérito. A extinção sem resolução do mérito deve ser encarada como uma manifestação de crise do processo, conforme célebre pensamento doutrinário.

3.4. Ônus da impugnação especificada

3.4.J. Noção

Não se admite a formulação de defesa genérica. O réu não pode apresentar a sua defesa com a negativa geral dos fatos apresentados pelo autor (art. 302 do CPC). Cabe

-U1e impugná-los especificadarnente, sob pena de o fato não-impugnado ser havido como existente. Eis o ônus da impugnação especificada. Ao autor cabe formular sua demanda de modo claro e determinado (demanda obscura é inepta e o pedido genérico é apenas excepcionalmente admitido); idêntica razão impõe a regra que veda a contestação genérica. Prestigiam-se, assim, o princípio da

cooperação e, consequentemente, o princípio da boa-fé processual.

Embora se trate de regra prevista para a contestação, aplica-se, por analogia, à réplica: cabe ao autor impugnar especificadarnente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontrovérsia do fato, cuja prova se dispensa (art. 334, UI, CPC).

Também se aplica à regra aos recursos: cabe ao recorrente impugnar especificadamente a decisão recorrida, sob pena de não conhecimento do seu recurso.

3.4.2. Representantesjudiciai5 que estão dispensados deste ônus (art. 302,par. ún., CPC) Esse ônus não se aplica quando a defesa tiver sido apresentada por advogado dativo, curador especial ou membro do Ministério Público (parágrafo único do ait. 302).

REsroSTA DO RÉU E REVELIA

Trata-se de regra que precisa de uma explicação mais minuciosa.

O curador especial e o advogado dativo (art. 5°, §§ 3º e 4º, Lei n. 1 .060/1 950)35 estão dispensados de observar esse ônus ao elaborarem a defesa dos seus representados. Isso porque são representantes que assumem suas funções em situação que não lhes permite, no mais das vezes, ter acesso imediato ao réu, de quem poderiam extrair as informações indispensáveis para a elaboração de uma defesa específica. Ambos aterrissam no processo de "paraquedas". Nestas

circunstâncias, justifica-se plenamente a não-incidência da regra de não impugnação especificada: para que não tenham de mentir ou esforçar-se na criação de uma "estória do réu", autoriza-se que esses representantes apresentem uma defesa genérica.

A menção ao Ministério Público justificava-se, pois, ao tempo da promulgação do CPC (! 973), a ele cabia, em certas situações, a defesa de pessoas em estado de hipossuficiência, atribuição semelhante à que hoje exerce a Defensoria Pública. O M i nistério Público poderia promover a defesa do interditando, por exemplo (art. 1 . 1 82, § 1°, CPC; art. 449 do Código Civil de 1 9 1 6). O novo perfil constitucional do Ministério Público não é mais compatível com esse tipo de atuação: ao MP cabe a legitimidade para a defesa de i nteresses da coletividade. Se, porém, em alguma situação específica, relacionada a direito individual indisponível de i ncapaz (a única que se pode cogitar), o Min istério Público promover a defesa do réu, a regra de exceção ao ônus da impugnação especificada poderá incidir, desde que obviamente o Ministério Público não tenha acesso ao representado, situação fática indispensável para essa incidência. Observe-se, porém, o seguinte: a regra se refere ao Ministério Público como representante do réu (mesma condição do curador especial e do advogado dativo). Se o Min istério Público for réu (hipótese rara, mas plenamente possível; pense-se na ação rescisória contra sentença proferida em processo promovido pelo Min istério Público: ele será o réu) ou autor (no caso da réplica), terá de observar o ônus da impugnação especificada.

O defensor público não está livre deste ônus ao elaborar a contestação da pessoa que representa. Só não terá esse ônus se atuar como advogado dativo ou curador especial, que é uma função institucional da Defensoria Pública (art. 4°, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994). Mas não se pode cometer o equívoco de que toda a atuação do defensor público será sempre na qualidade de curador especial ou advogado dativo. Repita-se: a incidência da regra pressupõe a dificuldade de comunicação entre o representante judicial e o réu, que pode não existir na relação entre o defensor público e o cidadão carente.

A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada (neste sentido, STJ, 2ª T., REsp n. 635.996/SP, rei. M i n. Castro Meira,j . em 06. 1 2.2007, publicado no DJ de 17.1 2.2007). Não há razão para dispensar os advogados públicos deste ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se 35. "§ 3°. Nos municípios em que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a

nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 4°. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo".

553

FREDIE DIDIER JR.

precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado públ ico, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia,

simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência ...

O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados dos entes públicos seria verdadeira capitis deminutio desses profi ssionais. Veja··Se o exemplo da ação civil pública em que um ente público é réu: nessa situação, o interesse público está, preponderantemente, do lado ativo, não se admitindo a negação geral, conduta que se pode reputar temerária, quando provinda de ente público.36

3.4.3. Afirmações de fato que, mesmo não impugnadas especificadamente, não serão havidas como verdadeiras

A não-impugnação especificada, em algumas situações, não produz o efeito de reputar

-se verdadeira a afirmação de fato não impugnada.

Eis os casos: a) se a respeito do fato não for admissível confissão, como os direitos indisponiveis (arts. 302, l, e 35 1 , CPC; art. 2 1 3 , CC-2002); b) se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considerar da substância do ato (art. 302, Il; certidão do registro imobiliário, o testamento etc.):37 se o ato só se prova por instrumento, a falta deste não pode ser suprida pela admissão da parte adversária; c) se os fatos não-impugnados estiverem em contradição com a defesa (art. 302, UI, CPC): quando o réu contesta apenas alguns dos fatos alegados pelo autor, mas da impugnação destes decorre implicitamente a rejeição dos demais, por incompatibil idade lógica entre o que foi arguído e os fatos não apreciados pelo contestante.

O inciso Ili do a.rt. 302 consagra regra de interpretação da contestação em consonância com o art. 1 1 2 do Código Civil, segundo o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". A contestação é, também, uma declaração de vontade. Como visto no capítulo sobre a petição inicial, a regra se aplica, por analogia, à interpretação do pedido.

36. Em sentido contrário, CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 88, com a seguinte argumentação: "Além da indisponibilidade do direito e da inadmissibilidade da confissão, a não-sujeição da Fazenda Pública ao ônus da impugnação especificada dos fatos

decorre da presunção de legitimidade dos atos administrativos".

3 7. Além do instrumento público, também o instrnmento particular que a lei considera como da substância do ato (p. ex., arts. 541, 997, 1.334, § 1°, 1.417, todos do CC-2002). A propósito, "O direito material pode prever como da substância de determinado negócio jurídico o instrumento particular. Se assim dispõe o direito material, não pode o preceito processual revogar o princípio, pois que ao direito processual cabe dispor sobre prova, não sobre constituição de negócio jurídico de direito material. O negócio jurídico que exige o instrumento panicular para sua constin1ição, inexistindo esse insrrumento, é nulo, incapaz, consequentemente, de produzir os efeitos próprios do negócio; nesse caso, a falta de impugnação pelo réu, ou mesmo sua confissão, não suprem a inexistência do documento, segundo os princípios do direito material" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 3 1 5).

RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Embora não possa ser presumido o fato relacionado a direito indisponível, a omissão do réu em impugná-lo pode ser levada em consideração pelo magistrado, como elemento de convencimento. Muito a propósito - e excelente como parâmetro interpretativo - o dispositivo do art. 36 J do Código Civil português (eis a rubrica do artigo: "valor do reconhecimento não confessório"): "O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará l ivremente".38

3.5. Forma e requisitos

Os requisitos da contestação são semelhantes aos da petição inicial: nome e prenome das partes (qualificação não é necessária, se corretamente já feita na inicial); endereçamento ao juízo da causa; documentos indispensáveis; requerimento de provas; dedução dos fatos e fundamentos jurídicos da defesa.

A contestação deve vir em forma escrita, excepcionadas as hipóteses da contestação em rito sumário (art. 278 do CPC) e nos Juizados Especiais Cíveis, que podem ser feitas pela forma oral.

A contestação deve ser apresentada, no procedimento ordinário, no prazo de quinze dias; se houver l itisconsortes passivos com advogados diferentes ou se a causa estiver sendo patrocinada por defensor público (art. 5°, § 5°, Lei Federal n. 1 .060/50), o prazo será em dobro; os entes públicos têm o prazo em quádruplo para contestar (art. 1 8 8

d o CPC).

3.6. Pedido do réu

Costuma-se dizer que o réu não pede, impede. De fato, em regra, a contestação não i nterfere no objeto litigioso do processo, ressalvados os casos em que se admite a formulação de pedido contraposto.

Não é bem assim.

O réu também pode demandar, embora com pedidos bastante peculiares. Pode pedir o réu, em sua peça de defesa: a) a extinção do processo sem exame do mérito; b) a remessa dos autos ao juízo competente ou ao juízo prevento; c) a devolução do prazo de defesa; d) a improcedência do pedido do autor; e) a condenação do autor às verbas da sucumbência; f) condenação do autor por litigância de má-fé; g) a sua pretensão dúplice nos casos de ação dúplice, como as ações meramente declaratórias. Pode o réu, ainda, formular 38. Pires de Lima e Antunes Varela dão os seguintes exemplos em que pode ter lugar a aplicação deste art. 361

do Código Civil português: a) confissão feita por incapaz ou por quem não tenha poderes de disposição; b) fatos relativos a direitos indisponíveis; e) confissão de litisconsorte. (Código Civil Anotado. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p.

320)

555

FREDIE DIDIER JR.

demanda contraposta, nos casos em que a lei a admite, como nas ações possessórias, no procedimento sumário e no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

3.7. Aditamento e i ndeferimento da contestação

A contestação pode ser indeferida e aditada.

A contestação pode ser indeferida se for intempestiva ou se, por exemplo, não ficar comprovada a regularidade da representação processual da parte (falta de documentos que comprovem a aptidão do sócio para atuar em nome da sociedade, p. ex.).39

Se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação; deve nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu beneficiário. Não se pode punir um incapaz (decretando efeitos da revelia) exatamente por ele ser incapaz.

O raciocínio é o mesmo para o caso de contestação apresentada por incapaz, que constituiu advogado, mas não tem representante: deve o juiz nomear-lhe um curador especial, e não considerar o réu revel, aplicando-lhe os efeitos da revelia.

Sobre a contestação intempestiva, cumpre ainda advertir o seguinte: a) se ela contiver a afirmação de defesas que podem ser ventiladas após o prazo de contestação (art. 303, CPC), não poderá ser desentranhada; b) se estiver acompanhada de documentos, embora a peça de defesa possa ser desentranhada, se for o caso, os documentos permanecem nos autos, pois, como se sabe, o réu mesmo revel, tem o direito à produção de provas (enunciado n. 2 3 1 da súmula da j urisprudência do STF: "O revel, em processo cível, pode produzir provas desde que compareça em tempo oportuno.").

O aditamento da contestação somente é possível nas hipóteses que excepcionam a regra da eventualidade que preside o oferecimento da resposta do réu e que já foi examinada. Ou seja: pode-se aditar a contestação para acrescentar as defesas que podem ser alegadas após o prazo de respos1a do réu e que estão previstas no art. 303, CPC, já examinado.

4. RECONVENÇÃO

4.1. Noções gerais

A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da ação reconvencionai, a fim de que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença.

39. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9' ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 309.

RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Trata-se de um incidente processual que amplia o objeto l i tigioso do processo. Não se trata de processo incidente: a reconvenção é demanda nova em processo já existente.

Por isso que a decisão do magistrado que i ndefere a petição inicial da reconvenção não extingue o processo; é decisão interlocutória e, portanto, agravável.

Chama-se reconvinte o réu-demandante e reconvindo o autor-demandado. A intimação para a resposta (contestação) à reconvenção pode ser feita na pessoa do próprio advogado do autor, que recebe da lei esse poder, e o prazo é de quinze dias (art. 3 1 6).

A resposta à reconvenção é ampla, podendo o reconvindo, inclusive, denunciar a lide ou proceder ao chamamento ao processo. Cogita-se até mesmo, embora mais no plano teórico, de reconvenção da reconvenção, que não é vedada.

Reconvenção e ação principal hão de ser julgadas na mesma sentença, embora sejam autônomas: não há obrigatoriedade de ambas terem seus respectivos méritos apreciados, pois pode o autor desistir da demanda principal ou ela não ser apreciada por algum defeito que comprometa a sua admissibilidade. Agora, se houverem de ser julgadas, haverão de sê-lo na mesma sentença. Essa autonomia. justifica, inclusive, condenações i ndependentes às verbas da sucumbência.

4.2. Possibilidade de ampliação subjetiva do processo ("reconvenção subjetivamente ampliativa")

A doutrina costuma não admitir a reconvenção que amplie subjetivamente o processo, trazendo sujeito novo. Veja-se a lição de Clito Fomaciari:

"Deve, pois, a rcconvenção ser proposta contra o autor ou autores do processo original, sem poder dar-se a ampliação subjetiva da demanda a qualquer terceiro não integrante da relação processual; por seu turno, a legitimidade ativa para a reconvenção está com o réu do processo, vedada também a ampliação subjetiva".4º

Barbosa Moreira sustenta que "só o réu (ou qualquer dos réus, no caso de l

itisconsórcio passivo) é legitimado para reconvir; só o autor (ou qualquer dos autores, no caso de litisconsórcio ativo) tem legitimação passiva para a reconvenção.41

É possível, no entanto, defender a ampliação subjetiva do processo pela via da reconvenção, se ela impuser litisconsórcio do autor e um terceiro e se tratar de demanda conexa com a ação principal (art. 1 03 do CPC), o que redundaria, de qualquer modo, na reunião das causas para j ulgamento simultâneo (art. 1 05 do CPC). Assim, a inadmissibilidade da reconvenção é medida inútil, pois acaso o réu propusesse ação autônoma, em razão da conexão, a reunião dos feitos no mesmo juízo se impunha.

40. FORNACIAR.I, Clito. Da reconvenção no direito processual civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 93.

4 1 . O novo processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

fREDIE DIDIER JR.

Admitindo a possibilidade de reconvenção subjetivamente ampliativa, Cândido Dinamarco: "Não há na lei, contudo, nem a boa razão, qualquer dispositivo ou motivo que impeça (a) reconvençào movida em litisconsórcio pelo réu e mais uma pessoa estranha ao processo (Litisconsórcio ativo na reconveoção); reconvir ao autor e mais alguma pessoa estranha (litisconsórcio passivo na reconvençào). (...) Ao contrário, fortes razões existem para admitir essas variações, que alimentam a utilidade do processo como meio de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva".42

Na jurisprudência, permanece o dissenso.'3

Optando pela i1rndmissibilidade de litisconsórcio do réu-reconvinte com terceiros, STJ, 3". T, RESP n. 274.763/GO, cujo acórdão foi publicado no DJ de 1 6/1 2/2002, p. 3 1 3, rei. Min. CASTRO FILHO.

Já vedando que réu ajuíze reconvenção contra quem não é autor da demanda: RSTJ

73/338, RT 639/83, RJTJESP 1 1 8/357 e RT 637/87.44

Contudo, impende registrar a existência de julgado, no próprio STJ, mitigando esse entendimento, alertando que "é possível e até recomendável a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que traga sujeitos estranhos a ela, uma vez que tudo quanto for possível deve ser feito para extrair do processo o máximo de proveito útil. Todavia, essa ampliação subjetiva, em tese, e dependendo das peculiaridades de cada caso, só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um Litisconsórcio necessário, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito".45

4.3. Requisitos

Além das condições da ação e dos "pressupostos processuais" aplicáveis a todas as demandas (requisitos da petição inicial, já examinados), deve o reconvinte obedecer aos seguintes requisitos.

a) Haja uma causa pendente. A reconvenção pressupõe a existência de uma causa já pendente; não existe reconvenção autônoma, que seria uma contradição em termos.

b) A observância do prazo de resposta. A reconvenção deve ser apresentada no mesmo prazo da contestação e junto com ela, sob pena de preclusão consumativa. Os prazos especiais de defesa, já vistos, se estendem à recoovenção.

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. lns1ituições de Direi10 Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 506.

43. Pesquisa feita pelos Professorcs-assisten!es do Curso de Pós-graduação em

Direito Processual Civil Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira.

44. NEGRÃO, Teotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigo1: 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1 999, p. 3 72.

45. RSTJ 1 05/361; citação págs. 365 e 366 ('IEGRÀO, Teotônio. Ob. cil., p. 372).

c) Competência. O juízo da causa principal também deve ser competente para julgar a reconvenção (art. 109, CPC): somente é possível ao réu reconvir se o magistrado da causa principal, que tem competência funcional para julgar a reconvenção, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa. Por conta disso, a reconvenção será distribuída por dependência (art. 253 do CPC). Aplica-se aqui por analogia o disposto no inciso 1 J do § 1° do art. 292 do CPC, que cuida dos requisitos para a cumulação de pedidos. Se o magistrado não tiver competência para a reconvenção, indeferirá a sua petição inicial, não admitindo o seu processamento.

A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar de reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro ju ízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porquanto demanda incidente, o seu não-conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal.

d) Peça Autônoma. A reconvenção deve ser ajuizada em peça autônoma (art. 299 do CPC). A elaboração em peça linica, porém, desde que se possam identificar os dois atos, não deve levar à inadmissibilidade da reconvenção.46

e) Compatibilidade entre os procedimentos. O procedimento para a demanda reconvencionai tem de ser compatível com o procedimento da causa principal, tendo em vista que ambas serão processadas conjuntamente. Aplica-se aqui, por analogia, a regra do inciso I l l do § 1 ° do art. 292 do CPC, que impõe a compatibilidade de procedimento como requisito para a cumulação de pedidos.

Em procedimento especial, vale a regra de que, se se tratar de procedimento especial que se converte em ordinário após o prazo de defesa, cabe reconvenção. É por isso que cabe reconvenção em ação monitória (enunciado n. 292 do STJ: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário").

f) Conexão. A reconvenção deve ser demanda conexa à ação principal ou a algum dos fundamentos da defesa (art. 3 15, caput). Conforme célebre l ição de Barbosa Moreira,47

a conexão aqui exigida não é a mesma conexão fato gerador de modificação de competência. Trata-se de vínculo mais singelo: basta que haja certa afinidade de questões, com o respeito aos demais requisitos aqui estudados, que a reconvenção será admissível.

g) interesse processual. Quando o efeito prático a lmejado com a reconvenção puder ser alcançado com a simples contestação, como nos casos das ações dliplices, ou o pedido que se quiser formular puder ser formulado por pedido contraposto, não se admite a 46. STJ, 5'. T., REsp n. 549587/PE 2003/009971 2-8, rei. Min. FELIX FISCHER,j. 23.03.2004, DJ de 1 0.05.2004, p. 335. Ver, ainda, com amplas refcrênciasjurisprudenciais, PASSOS, José .Joaquim Calmon de. /Ssboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rjo de Janeiro: Forense, 2001, p. 160.

47. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45. Mais amplamente, do mesmo autor, A cone.reio de causas como pressuposto da reconvenção. São Paulo: Saraiva, 1 978.

reconvenção por falta de interesse processual. Isso não quer dizer que em ações dúplices e em procedimentos que admitam pedido contraposto não seja possível a reconvenção: o que não se admite é a formulação, em reconvenção, de pretensão que na simples contestação ou pelo pedido contraposto possa ser feita.

As ações meramente declaratórias são ações dúplices. Assim, durante certo tempo, discutiu-se a possibilidade de reconvenção em tais ações. O STF editou o enunciado n.

258 da súmula da sua jurisprudência, em que admite a reconvenção em ação declaratória:

"É admissível reconvenção em ação declaratória." Esse enunciado deve ser compreendido da seguinte forma: o réu não pode reconvir para pedir a negação do pedido do autor (inexistência ou existência da relação jurídica discutida),48 em razão da falta de interesse, mas pode reconvir para formular outro tipo de pretensão.

Também não é possível a reconvenção para o exercício de exceção substancial, direito que deve ser exercido como reação, na própria contestação. No caso da compensação, nada impede que o réu, em reconvenção, demande a diferença que lhe sobrar do encontro de contas (será, então, uma demanda reconvencionai condenatória).

h) Cabimento. Em alguns procedimentos, veda-se expressamente a reconvenção, como é o caso do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis (art. 3 1 da Lei Federal n. 9.099/95). Também não se admite reconvenção no procedimento sumário, segundo posição majoritária da doutrina.

Por fim, uma observação: caberá à lei estadual definir se há ou não pagamento de custas processuais em razão da reconvenção. Na Justiça Federal, a reconvenção não se sujeita ao pagamento de custas (Lei Federal n. 9.289/96).

4.4. Diferença entre recoovenção e ação declaratória incidental (ADI)
Reconvenção e ação declaratória incidental são incidentes processuais que agregam ao processo pedido novo. São demandas incidentes. Pertencem, pois, a esse gênero.

Distinguem-se, todavia:9 a) legitimidade: só o réu pode reconvir, ao passo que qualquer das partes pode ajuizar ação declaratória incidental; b) contestação: não há necessidade de contestar a ação principal para poder reconvir, ao passo que a efetiva da contestação é requisito necessário para a ADI; e) autonomia: a inadmissibil idade da ação principal implicará inadmissibilidade da ADI, que dela é dependente; j á a reconvenção tem autonomia, de modo que, mesmo não admitida a demanda principal ou dela o autor desistindo, prosseguirá o magistrado na apreciação da reconvenção (art. 3 1 7 do CPC); d) tipo de demanda: a ADJ será sempre declaratória, enquanto a reconvenção pode ter 48. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2002, p. 45; ZAYASCKI, Teori Albino. "Executividade das sentenças de improcedência em ações declaratórias negativas". Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 208, p. 19.

49. N ERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 775.



qualquer natureza; e) cognição do juiz: a reconvenção aumenta a carga cognitiva do juiz; para julgar a ADI, o juiz terá a mesma carga que teria para o j ulgamento tão-só da ação principal, pois o seu objeto é a questão prejudicial que já estava posta no processo para ser examinada.

Não obstante essas diferenças teóricas, a ação declaratória incidental proposta pelo réu assume a natureza de uma reconvenção meramente declaratória.50

4.5. Reconvenção e substituição processual

Se o réu quiser reconvir em face do substituto processual, deverá fundar o seu pedido em pretensão que tenha em face do substituído, desde que para tal demanda tenha o substituto legitimação extraordinária passiva. Trata-se da inteligência do parágrafo único do art. 3 1 5, CPC. Se o réu for o substituto processual, apenas poderá reconvir se a sua legitimação extraordinária o habilite à postulação.51

"Se o substituto for autor, somente caberá reconvenção se o réu pretender postular direito que julgue ter contra o substituído, mas que pela sua natureza comporte também defesa pelo substituto".52

4.6. Reconvenção e pedido contraposto

Reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado.

E-lá, no direito brasileiro, outra espécie de demanda do réu no mesmo processo, chamada de pedido contraposto. Há previsão de pedido contraposto, p. ex., no procedimento sumário (art. 278, § 1 º, CPC), nos Juizados Especiais Cíveis (art. 3 1 da Lei n. 9.099/1 995) e no procedimento das demandas possessórias (o pedido de indenização previsto no art.

922 do CPC).

No direito brasileiro, o pedido contraposto apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a reconvenção. Duas são as suas características básicas: a) ser formulado no bojo da contestação, sem necessidade de peça autônoma; b) restrição legal quanto à sua amplitude (nos Juizados e no procedimento sumário, deve ficar restrito aos "fatos da causa"; nas possessórias, admite-se apenas o pedido de indenização).

A primeira das características não é determinante para a identificação do pedido contraposto. É que a jurisprudência e a doutrina têm admitido a apresentação da reconvenção e da contestação em uma única peça processual, desde que se possam distinguir ambas 50. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

5 1 . MORELRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

52. FORNACIARI JR., Clito. Da Reco11venção 110 Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1 983, p. 9 1 .

as postulações. A formulação em peça avulsa ou na mesma peça da contestação é mera formal idade, que não serve para distinguir a reconvenção do pedido contraposto.

Realmente, a diferença entre essas demandas reside na amplitude da cognição. A reconvenção é demanda que pode ter variada natureza: pela lei, basta que seja

conexa com a ação principal ou com os fundamentos de defesa (art. 3 1 5 do CPC). Não há qualquer outra restrição. Note que, em relação ao pedido contraposto, ou o legislador restringe a causa de pedir remota ("mesmos fatos da causa"), ou tipifica a pretensão que pode ser por ela veiculada ("pedido de indenização").

Enfim, 1-econvenção e pedido contraposto são espécies de um mesmo gênero: demanda do réu contra o autor. Distinguem-se pela amplitude da cognição judicial a que dão ensejo.

É preciso considerar, no entanto, que reconvenção e pedido contraposto são conceitos j urídico-positivos. Dependem, portanto, do exame do direito positivo. Podem variar no tempo e no espaço. Reconvenção pode ter significado diverso em outro país ou em outro momento histórico.

É inegável que há um acúmulo histórico sobre o que seja reconvenção. Pode-se afumar que se trata de um conceito tradicional, muito bem compreendido e disseminado, ainda que jurídico-positivo. Assim, não convém alterá-lo desnecessariamente.

Essa observação se j ustifica, pois o projeto de novo CPC, a pretexto de "extinguir"

a reconvenção, deixou de mencioná-la. Em seu lugar, o art. 326 do projeto substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira prescreve que: "É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias".

Corno se pode perceber com alguma facilidade, não houve extinção da reconvenção.

Mantém-se rigorosamente a mesma hipótese de incidência anterior (demanda formulada pelo réu contra o autor, conexa com a ação principal ou com os fundamentos de defesa, correspondente ao atual art. 3 1 5 do CPC).

Seria possível, obviamente, redefinir a reconvenção, ampliando ou restringindo o seu objeto. Mas isso não aconteceu. O regramento é idêntico. A reconvenção, enfim, não desapareceu. Optou-se, apenas, pela mudança do nome, valendo-se

de um signo já amplamente conhecido, mas com outro significado: o pedido contraposto. Algo não deixa de existir simplesmente porque recusa.mos a chamá-lo pelo nome que sempre teve.

A imprecisão é clara. Pedido contraposto, no direito brasileiro, possui outro sentido.

No próprio projeto apresentado pelo Senador Valter Pereira, consta a tradicional regra do procedimento das ações possessórias (art. 542 do substitutivo); além disso, não se propõe a revogação da Lei dos Juizados Especiais. Ou seja: o pedido contraposto continua a existir, no direito brasileiro, como sempre existiu. Pedido contraposto sem l imitação cognitiva 562

nada mais é do que a conhecidíssima reconvenção. Não adianta mudar o nome. Suco de uva não é vinho, mesmo que insistamos em assim designá-lo.

Incompreensões desnecessárias surgirão. Haverá, certamente, quem afirme que não há mais reconvenção (nada obstante as mesmas regras se mantenham, o que é curioso).

Com isso, haverá quem defenda que tudo o quanto se construiu a respeito desse

instituto deve ser ignorado.

Não basta ser formulada na mesma peça de defesa para que a demanda do réu seja considerada como pedido contraposto. É a l imitação da cognição que o caracteriza.

5. EXCEÇÕES INSTRUMENTAIS

5.1 . Generalidades

Como visto, exceção é palavra que, na dogmática processual, assume diversos sentidos. Empregada no sentido de modalidade de resposta do réu, exceção é o incidente processual pelo qual se pode alegar, com a suspensão do procedimento principal (CPC, art. 306, c/c art. 265, IlT), determinadas matérias, que, por determinação legal, devem ter um procedimento próprio para serem investigadas e decididas. São exceções instrumentais.

A lei prevê três espécies: incompetência relativa, impedimento e suspeição.

Excipiente é quem oferece a exceção; excepto ou exceto é quem a responde.

É possível o oferecimento de exceção instrumental sem contestação, pois a lei não exige a interposição simultânea. Oferecida somente a exceção, não poderá o réu oferecer contestação e reconvenção, em razão da suspensão do processo. Como ocorre a suspensão, o prazo de defesa será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação, se é que faltava. Assim, quando lhe será lícito oferecer as outras modalidades de resposta: a) se repelida a exceção de incompetência, a partir da data em que o réu for intimado da decisão; b) se acolhida a exceção de incompetência, a partir da data em que o réu for intimado do recebimento dos autos pelo órgão competente; c) se repelida a exceção de impedimento ou suspeição (pelo tribunal), desde a data em que, baixados os autos ao órgão a quo, for o réu intimado do despacho que ordenar o cumprimento do acórdão; d) se acolhida a exceção de suspeição ou impedimento, da data em que o réu for intimado do recebimento dos autos pelo substituto legal do juiz incompatível.53

Assistência simples e exceção: "O assistente, nos termos do parágrafo único do art. 50 do CPC, recebe o processo no estado em que ele se encontra. A assistência simples ou adesiva não autoriza a tomada de providência contrária aos interesses 53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil

brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

p. 43 e 44.

563

F!lEDIE DIDIER JR.

da parte assistida. Caso em que não lhe cabe arguir exceção de incompetência, mormente quando o faz ante expressa discordância do assistido". (Ac. unân. da

6ª

T. Do TFR no agr. 51 .391-SP, rei. min. Miguel Ferrante; DJ de 23.04.87).

Exceção ins1rume111a/ e o ar!. 188, CPC: Aplica-se à exceção de incompetência, que deve ser apresentada no prazo de resposta do réu, a regra especial do art.

188, que confere aos entes públicos o prazo em quádruplo para contestar. Neste sentido, STJ, 2". T., REsp n. 24.055/RJ, rei. Min. José de Jesus Filho,j. 14.04. 1993, DJ de 10.05.1993.

Esse benefício, porém, só pode ser aplicado às arguições de impedimento e suspeição se o motivo da incapacidade subjetiva for anterior ao ajuizamento da causa; por fato superveniente, com o processo já em andamento, o prazo para os entes públicos é o mesmo, quinze dias.

5.2. Arguição de impedimento e suspeição

5.2.J. Generalidades

As exceções instrumentais de impedimento e suspeição são as formas estabelecidas em lei para afastar o juiz da causa, por lhe faltar capacidade subjetiva ou compatibilidade, que é pressuposto processual subjetivo referente ao juiz. Enquanto a alegação de incompetência se refere ao juízo, o impedimento/suspeição refere-se à figura do juiz, que, neste incidente, é parte (réu do incidente, excepto).

A imparcialidade é requisito processual de validade; portanto, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois graus de parcialidade: o i mpedimento e a suspeição.

A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/

suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados.

As hipóteses de impedimento (art. 1 34 do CPC) dão ensejo à nu! idade do ato, pois há uma presunção iure et de iure de que o magistrado não tem condições

subjetivas para atuar com imparcialidade. É vício que pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição (à arguição de impedimento não se aplica o prazo de quinze dias previsto em lei para ingressar com exceção instrumental), além de poder ser reconhecido ex officio pelo magistrado. O vício é tão grave que admite, inclusive, futura ação rescisória (art. 485, l i , do CPC), pois se entende que a condução de todo o procedimento fica comprometida.

As hipóteses de suspeição (art. 1 35 do CPC) dão azo à invalidade do ato processual praticado pelo magistrado.54 Sucede que, neste caso, embora o magistrado possa reco-54. Art. 285 do Regimento Interno do STF: "Afirmada a suspeição pelo arguido, ou declarada pelo Tribunal, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: "Art.

279. Reconhecida a procedência da suspeição, se haverá por nulo o que tiver sido processado perante o Ministro recusado, após o fato que ocasionou a suspeição. Caso contrário, o arguente será condenado ao 564

nhecer-se suspeito (art. 1 35, par. ún., do CPC), a parte tem prazo preclusivo para arguir a suspeição (quinze dias) e pedir a nulificação do ato. É que não se trata de uma presunção absoluta de parcialidade; ao contrário, por ser menos grave, sequer autoriza ajuizamento de futura ação rescisória.55

"Quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função".56

Embora recebam o nomen iuris de exceção (conduta do réu) de impedimento e suspeição, o autor também tem legitimidade para levantar a incapacidade subjetiva do magistrado. É mais correto, pois, falar em arguição ou alegação de impedimento e suspeição.

Exceção de suspeição é poder especial do advogado? Há intensa controvérsia.

Entende-se que não, pois o elenco de poderes especiais estaria estabelecido no art 38, CPC.57 Neste sentido, STJ, 3". T., REsp n. 1 73.390/MT, rei. Min. Nilson Naves, j. 1 8 .03. 1999, DJ de 3 1 .05. 1 999. Em sentido contrário: STJ, 6°. T., HC 2 1 .792/SP, rei. Min. Fontes de Alencar, j. 25.03.2003, DJ de 05.05.2003.

É aconselhável que o advogado peça procuração com poder específico de arguir a suspeição do magistrado, pois, além de consequências criminais que podem advir de tal conduta em desfavor da parte, quem julgará a causa, se a arguição for rejeitada, é o mesmo juiz anteriormente acusado de estar peitado.

É possível que o autor já alegue a suspeição/impedimento do magistrado concomitantemente ao aj uizamento da demanda. Isso ocorre quando só houver um juiz para julgar a causa, fato muito comum em comarcas menores. Se houver mais de um juiz abstratamente competente para conhecer da causa, o autor terá quinze dias contados da distribuição para arguir a suspeição/impedimento. Se o motivo de suspeição/impedimento já for conhecido, o réu terá o prazo de resposta para arguir tais matérias. Se a incapacidade subjetiva se der por fato superveniente, autor e réu terão, igualmente, prazo pagamento das custas. Art. 280. Afirmados o impedimento ou a suspeição pelo arguido, ter-se-ão por nulos os atos por ele praticados". Código de Processo Penal, art. 1 O 1 : "Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável ... ". Assim, também, UMA, Tiago Asfor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento cio incidente". Revis/a Dialé1ica de Direi10 Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 108.

55. A suspeição, como se disse, implica a nulidade do ato decisório já praticado, dai porque não pode ser excluída do exame da validade de uma decisão judicial ou do procedimento. Acontece, apenas, que haverá preelusão do direito processual da parte de alegá-la, após o prazo de quinze dias contados da data do fato, mas nada impede que o magistrado, de oficio, reconheça a sua suspeição.

56. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 2, p. 420.

57. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comenlários ao Código de Pmcesso Civil. 9 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. 3. p. 33 1 .

565

de quinze dias para argui-la, lembrando que, em se tratando de impedimento, esse prazo é irrelevante.

Se a suspeição/impedimento for verificada após a prolação da sentença, a arguição de tais defeitos pode ser feita no bojo da apelação, como matéria preli.minar,58 se o órgão do tribunal competente para apreciar essa arguição for o mesmo que tiver a competência para julgar a apelação. Se as competências forem diversas, haverão de ser feitas duas peças, a apelação e o instrumento de arguição da parcialidade; os autos serão enviados, primeiramente, ao órgão competente para a solução da questão sobre a parcialidade do juiz para, após, a depender do resultado, ser enviados ao órgão fracionário do tribunal, para o julgamento da apelação, ou ser remetidos de volta à primeira instância, para que o juiz substituto profira nova decisão, acaso reconhecida a suspeição/impedimento do magistrado que proferira a primeira sentença. Cumpre lembrar, porém, que, em qualquer dos casos, o magistrado, após receber a apelação, terá a oportunidade de oferecer a sua defesa.59

O excipiente deve apresentar petição escrita; expor a fundamentação do pedido num dos casos dos arts. 1 34 a 1 36; endereçar ao juiz da causa;juntar documentos e apresentar o rol de testemunhas, se for o caso (CPC, art. 3 1 2).

O magistrado receberá a petição. Acolhendo a alegação, remeterá os autos ao juiz substituto; caso não a acolha, remeterá os autos ao tribunal competente para apreciar a arguição, com as suas razões, os documentos que reputar convenientes e o rol de testemunhas para provar o que alega. Note que o magistrado tem capacidade postulatória para fazer a sua defesa no incidente, não precisando de advogado.60 Para Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, essa capacidade postulatória do magistrado o habilita, inclusive, a subscrever recursos para o STJ e STF, acaso seja derrotado no julgamento da exceção, sem a necessidade de representação judicial por advogado. Não concordamos com esse último posic ionamento, pela falta de amparo legal, tendo em vista que a capacidade concedida ao magistrado foi apenas a de elaborar a sua defesa.

Não se ouve a outra parte, que não paiticipa desse incidente. Se a exceção for acolhida, o tribunal condenará o juiz ao pagamento das custas e remeterá os autos ao substituto legal.

58. STJ, 5ª. T .. R.Esp n. 236. 1 38/MS, rei. Min. Edson Vidigal, j. 04.04.2000, publicado no DJ de 08.05.2000.

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery também consideram que a alegação dos defeitos após a sentença se faça em apelação, que terá o objetivo de invalidar a decisão proferida (Código ele Processo Civil Come111aclo e Legislaçcio Processual Civil Extravagante. 8" edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767).

59. NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código ele Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravaganle. 8' edição. São Paulo: RT, 2004, p. 767.

60. NERY, Nelson e NER.Y, Rosa Maria Andrade. Código ele Processo Civil ComenJaclo e Legislação Processual Civil Extravagante. 8' edição. São Paulo: RT, 2004, p. 772. Araken de Assis, defendendo a legitimidade recursai do juiz, nestas situações, a enquadra na categoria terceiro interessado (ASSIS, Araken de. "Condições de admissibilidade dos recursos cíveis". Aspectos polémicos e a111ais cios recursos cíveis ele acordo com a Lei 9. 756198. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 27). Discordamos na medida cm que se não pode considerar como terceiro quem, inclusive, apresentou as razões para não ter reconhecido, antes, a sua incompatibilidade subje1iva (an. 313, CPC). Trata-se de legitimação recursai na qualidade de parte do incideme.



RESPOSTA DO RÉU E REVELIA

Do acórdão que julgar a arguição, somente são cabíveis os recursos extraordinários (especial/STJ ou extraordinário/STF) . Não cabe recurso ordinário constitucional, que somente é pertinente em mandado de segurança de competência originária de tribunais. Hão de estar preenchidos, obviamente, os pressupostos peculiares aos recursos extraordinários.

O adversário do excipiente poderá recorrer? A parte adversária não pode recorrer, pois ninguém tem direito a ser julgado por determinado juiz; todos têm

o direito de ser julgados pelo juiz competente. Demais disso, cuidando-se de suspeição ou impedimento reconhecidos pelo juiz, não se poderia cogitar de recurso, pois inexistirá decisão no primeiro grau que seja impugnável. Por último, não haveria interesse recursai, pois não haveria mudança de foro ou juízo competentes, somente ocorrendo modificação física do juiz.61

5.2.2. Impedimento do tribunal ou da maioria absoluta do tribunal Há muitas dúvidas sobre o procedimento para arguir a suspeição/impedimento de todo tribunal, ou da sua maioria absoluta. Duas são as questões: a) de quem será a competência para apreciar a exceção?; b) de quem será a competência para o julgamento do processo, acaso o tribunal seja considerado suspeito/impedido (quem é o tribunal substituto)? A resposta a ambas as perguntas é a mesma: o STF, que julgará a exceção e, se for o caso de o tribunal ser considerado suspeito/impedido, a própria causa.

Nesta situação, é necessário arguir a suspeição/impedimento perante o próprio tribunal.

Se ele não se reconhecer suspeito/impedido, os autos serão remetidos ao STF, que julgará a exceção; uma vez acolhida, o próprio STF será competente para o julgamento da causa; rejeitada a exceção, a causa voltará ao tribunal de origem. Se o tribunal se reconhecer suspeito/impedido, remeterá os autos ao STF, para que julgue a causa (art. 1 02, l, "n", CF/88).

O exame do procedimento da exceção de suspeição, nestes casos, foi muito bem detalhado no j ulgamento da Questão de Ordem na Ação Cível Originária 58-BA, pelo Pleno do STF, em 05. 1 2 . 1 990.

Não é possível a convocação de juízes para a composição do quorum (STF, RCL

l.933-AM, rei. Min. Celso de Mello, 1 6.5.2002; RCl l .004/AM, rei. Min. l imar Galvão, j. 25. 1 1 . 1 999, DJ de 04.02.2000, p. 5; em sentido diverso, STF, AO 1 06/MS, rei. Min.

Néri da Silveira,j. 07 .1 0. 1 993, DJ de 1 8.03 . 1 994, p. 5 . 1 49). Se o impedimento/suspeição se der no próprio STF, aplicam-se os arts. 37-41 do RISTF, de acordo com a redação da Emenda Regimental n. 42/201 0.62

61. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. l l J . p. 333.

62. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Art. 37. Nas ausências ou impedimentos eventuais ou temporários, são substiluidos: 1 - o Presidente do Tribunal pelo Vice-Presidente, e este pelos demais Ministros, na ordem decrescente de antiguidade; li - o Presidente da Turma pelo Ministro mais aatigo dentre os seus membros; II 1 - o Presidente da Comissão pelo mais antigo dentre os seus membros; I V - qualquer dos membros da Comissão de Regimento pelo suplente. Art. 38. O Relator é substituído: 1 - pelo Revisor, se houver, ou pelo Ministro imediato em antiguidade, dentre os do Tribunal ou da Turma, conforme a 567

5.2.3. Impedimento e suspeição de outros sujeitos da relação jurídica processual
É possível arguir a suspeição e o impedimento do serventuário, do perito e do i ntérprete (todos os motivos dos arts. 1 34 e 1 35); do órgão do Ministério Público, quando não for parte (todos os motivos dos arts. 1 34 e 1 35); do órgão do Ministério Público, quando for parte (apenas os motivos dos incisos I a IV do art. 1 35).

Deve o excipiente apresentar petição escrita, fundamentada e instruída; arguição na primeira oportunidade, após o fato, que lhe couber falar nos autos; processamento em separado; não há suspensão da causa; o arguido é ouvido em 5 dias, facultada a produção de prova; nos tribunais, o relator processará e julgará o incidente.

5.2.4. Eficácia externa da arguição de suspeição/impedimento

Há interessante questão que merece exame separado: a decisão sobre a parcialidade do órgão jurisdicional produz efeitos em outros processos em que a situação que deu causa ao defeito subjetivo se repita? Por exemplo: reconhecida a suspeição em razão da amizade íntima ou inimizade capital, em outro processo perante o mesmo juiz, em que o mesmo sujeito volte a ser parte, a decisão naquele incidente deve ser observada? Enfim: a decisão do incidente de suspeição ou impedimento produz efeitos para além das fronteiras do processo em que foi proferida?

Para que se responda a esta questão, é preciso que se parta da seguinte premissa: a discussão sobre a parcialidade do órgão julgador (suspeição ou impedimento) é o objeto litigioso (mérito) do mencionado incidente. A decisão sobre o tema é, neste sentido, uma decisão de mérito; não sobre o mérito da causa (mérito do procedimento principal), mas, sim, sobre o mérito do incidente processual instaurado para a apuração da parcialidade do julgador. Ver as considerações a respeito do objeto litigioso no capítulo sobre a teoria da cognição.

Partindo-se desta premissa, a questão, uma vez resolvida, deve tornar-se indiscutível não apenas para o processo em que proferida, mas também para outros, em que a mesma situação se repita. Obviamente, se entre a decisão do incidente e o novo processo houver mudança do quadrn fático (o órgão julgador perde o vínculo que mantinha com a parte, por exemplo), a decisão não deverá

ser observada, pois, como toda decisão, se submete à compeiência, na vacância, nas licenças ou ausências em razão de missão oficial, de até trinta dias, quando se tratar de deliberação sobre medida urgente; l i - pelo Ministro designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento; ! li - mediante redistribuição, nos termos do art. 69 deste Regimento Interno; 1 V - em caso de aposentadoria, renúncia ou morie: a) pelo Ministro nomeado para a sua vaga; b) pelo Ministro que tiver proferido o primeiro voto vencedor, acompanhando o do Relator, para lavrar ou assinar os acórdãos dos julgamentos anteriores à abertura da vaga; c) pela mesma forma ela letra b deste inciso, e enquanto aão empossado o novo Ministro, para assinar carta de sentença e admitir recurso. Art. 39. O Revisor é substituído, em caso de vaga, impedimento ou licença por mais de trinta dias, pelo Ministro que se lhe seguir em ordem decrescente de antiguidade. Art. 40. Para completar quorum no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a 30 (triata) dias, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado".

cláusula rebus sic stantibus. Mas, enquanto mantidas as mesmas circunstâncias de fato e de direito, a primeira decisão deve ser observada. Essa é a opinião de TIAGO AsFOR Roc1-1A LIMA, em belo trabalho sobre o tema: "para essas situações em que a causa justificadora da suspeição não se extingue com o fim do processo, deve e pode o julgamento do incidente de suspeição produzir efeitos futuros"63.

Assim, deve o magistrado, quando receber causa em que exista situação que já

foi reconhecida como apta a gerar a sua parcialidade, declarar-se suspeito ou impedido, na forma do art. 1 37 do CPC ("Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304)").

É possível, enfim, tendo em vista tudo isso, cogitar, inclusive, da possibilidade de ação rescisória contra a decisão que julgar o incidente de suspeição/impedimento, já que é uma decisão de mérito (do incidente) apta a produzir efeitos inclusive para fora do processo em que proferida.

5.2.5. Suspeição provocada, imparcialidade aceita e abuso do direito: a regra do art.

20, par. ún., do Có<ligo Eleitoral

O par. ún. do art. 20 do Código E leitoral brasileiro contém regra muito interessante sobre a arguição de suspeição do órgão jurisdicional: "Será ilegítima a suspeição quando o excipiente a provocar ou, depois de manifestada a causa, praticar ato que importe aceitação do arguido".

Trata-se de regra que visa tutelar a boa-fé em tema de arguição de suspeição.

Considera-se abusivo alegar suspeição se ela for provocada pela parte. A "indução"

da suspeição é prática frequente no foro. Tem o propósito de burlar a garantia do juiz natural, com a remessa dos autos ao juiz substituto. A pa1te que tem esse objetivo passa a praticar atos temerários no processo, dando motivo a diversas decisões contrárias a seus interesses. Essa série de decisões negativas cria um clima de animosidade no processo, sendo o indício de que se precisava para a arguição da suspeição. Não raro a parte promove uma representação administrativa contra o juiz para, em seguida, alegar que, em razão disso, o juiz perdeu a sua parcialidade.

Não se podem tolerar tais condutas. É comp01tamento desleal, nítido exemplo de abuso de direito processual, vedado pela cláusula geral de proteção da boa-fé processual (art. 1 4, II, CPC).

O Código Eleitoral também reputa ilegítima a alegação de suspeição se a parte

arguente j á houver praticado atos processuais que signifiquem aceitação do órgão juris-63. LIMA, Tiago Asíor Rocha. "Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

569

dicional. Veda-se aqui, como se vê claramente, o comportamento contraditório (venire contrafactum proprium): tendo aceitado o órgão jtuisdicional, com a prática de atos que revelem essa aceitação, a parte não pode em seguida levantar a sua suspeição. Mais uma vez se impede o abuso do direito processual.

A regra pode ser aplicada por analogia ao processo civil. Não bastasse ser possível extrair a proibição dessas condutas do princípio da boa-fé processual (examinado no capítulo sobre princípios do processo), a previsão de regra expressa neste sentido, e que pode ser aplicada analogicamente, é útil, pois evita maiores discussões quanto à compreensão da mencionada cláusula geral e o seu corolário: a proibição do abuso do direito processual.

5.3. Exceção de incompetência

A incompetência relativa, como foi visto, é matéria que deve ser alegada por exceção instrumental. Embora a lei, no art. 304, mencione que qualquer das partes pode arguir a incompetência relativa, a legitimidade para tanto é exclusiva do réu. Também o M iaistério Público pode alegar incompetência relativa em benefício de réu i ncapaz.

Muito do que precisa ser dito sobre exceção de incompetência está posto no capítulo sobre competência.

Não pode a exceção ser oferecida a qualquer tempo: deve ser ajuizada no prazo de quinze dias, que é aquele destinado ao réu para apresentar a sua resposta. Não se pode falar de incompetência relativa por fato posterior ao ajuizamento do processo, pois, na forma do art. 87 (perpetuação da jurisdição), fato superveniente que altere regra de competência só tem relevância se a alteração se der em regra de competência absoluta. A incompetência relativa é sempre originária.

Deve o réu fonnular petição escrita; expor a fundamentação do pedido nas regras que regem a competência relativa; endereçar ao juízo em que tramita a causa, que tem a competência para avaliar a sua própria competência; indicar qual o juízo para o qual deve ser declinada a competência: segundo Calmon de Passos,64 a falta da menção gera defeito da petição, porquanto seja requisito de lei; juntar documentos e apresentar o rol de testemunhas, se for o caso (CPC, art. 3 1 2).

O parágrafo único do art. 305 do CPC, introduzido pela Lei Federal n. 1 1

.280/2006, permite que o réu apresente a exceção de incompetência relativa em seu domicílio, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação. Antes dessa alteração, o demandado tinha de deslocar-se ao foro onde a causa estivesse tramitando, para alegar a incompetência territorial. O autor, que desejasse prejudicar o réu, por má-fé poderia propor a ação em domicílio muito distante daquele em que o réu reside; com isso, aumentaria a probabil idade de o demandado ser revel, já que poderia ter dificuldades de 64. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. 3. p. 329.

570



RESPOSTA DO REU E REVELIA

apresentar a sua resposta em local tão distante de seu domicílio (pense, por exemplo, em um réu que reside em Salvador, Bahia, sendo indevidamente processado em Rio Branco, no Acre). A petição de exceção de incompetência pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, sendo imediatamente remetida ao juízo que determinou a citação, mesmo que em outro estado da federação.

O magistrado receberá a petição e, se a admitir, determinará a suspensão do

processo.

Caso não a admita, caberá agravo, pois se trata de decisão interlocutória. O excepto terá o prazo de dez dias para manifestar-se. Do julgamento da exceção de incompetência relativa, caberá agravo de instrumento.

6. A REVELJA

6.1. Noção

A revelia é um ato-fato processual, consistente na não apresentação tempestiva da contestação. Trata-se de espécie de contumácia passiva, que se junta a outras como, por exemplo, a não-regularização da representação processual (art. 1 3, II, CPC). Há revelia quando o réu, citado, não aparece em j uízo, apresentando a sua resposta, ou, comparecendo ao processo, também não apresenta a sua resposta tempestiva. Não se pode confundir a revelia, que é um ato-fato, com a confissão ficta, que é um dos seus efeitos. A revelia não é um efeito jurídico; a revelia encontra-se no mundo dos fatos.

6.2. Efeitos

A revelia é ato-fato processual que produz os seguintes efeitos: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo demandante (efeito material); b) prosseguimento cio processo sem intimação do réu-revel (efeito processual); c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa (efeito processual, ressalvadas aquela previstas no art. 303 c/c art. 3 0 1 , § 4°, ambos do CPC); d) possibilidade de julgamento antecipado da lide, acaso se produza o e feito substancial da revelia (art. 330, J J , CPC).

A eficácia da revelia é muito drástica65 para o réu-revel. Por isso, o legislador, a doutrina e a jurisprudência criaram mecanismos para temperar tais efeitos, mitigando o rigor no trntamento do réu contumaz.

65. Observações de ordem histórica de Calmon de Passos: "pela tradição do direito luso-brasileiro, não havia a confissão fleta para as hipóteses de revelia. O CPC/39 quis dar feições diversas ao instituto, prevendo a confissão fleta cm seu art. 209; por força desta previsão, dizia-se estava quebrada a velha tradição romana, incorporada pelo direito luso-brasileiro, passando o revel a ser réu-confesso. À época, a doutrina já repelia a confissão fleta 11ccess{1ria. O atual CPC, na contramão da tradição, seguiu a linha germânica, adotando a confissão

ficta. Segundo o mestre, o CPC calou o que ele mais rigoroso havia com relação ao revel. O sistema germânico, cio qual se retirou a confissão ficta, adota ao menos duas formas de atenuar os seus efeitos: exigência ele intimação pessoal da sentença ao revel e existência de recurso especial 571

fREDIE ÜIDIER JR.

6.3. Mitigações à eficácia da revelia

6.3.1. A confissão fleta não é efeito necessário da revelia

É possível que haja revelia e não se presuma a ocorrência dos fatos deduzidos contra o revel.

O simples fato da revelia não pode tornar verossímil o absurdo: se não houver o mínimo de verossimilhança na postulação do autor, não será a revelia que lhe conferirá a plausibilidade que não possui. Se a postulação do autor não vier acompanhada do mínimo de prova que a lastreie, não se poderá dispensar o autor de provar o que alega pelo simples fato da revelia. A revelia não é fato com dons mágicos.

"Essa advertência está sendo feita para recordar ser de todo desautorizada qualquer interpretação meramente gramatical, ou lógica do art. 3 1 9, CPC, como se fosse ele uma entidade bastante em si mesma, quando é peça de um todo, cuja operacionalidade deve ocorrer de forma integrada, coerente e sistêmica, de modo a não gerar antinomias".66

Não é por outra razão que o próprio legislador, em leis recentes, que versam sobre procedimentos mais expeditos, diz claramente que a confissão ficta somente deve ser aplicada se o contrário não resultar da prova dos autos (art. 277, § 2°, CPC, procedimento sumá1io; art. 20 da Lei de Juizados Especiais).

Mas não é só.

Há outras situações em que a lei retira da revelia a aptidão de produzir confissão ficta: a) quando a citação houver sido ficta (por edital ou por hora certa), pois o curador especial haverá de promover a defesa do réu revel: art. 9° , 1 1, ele art. 302, parág. ún. (CPC

Português, art. 485, "b", fine); b) quando terceiro houver ingressado no processo como assistente do revel, hipótese em que será considerado seu gestor de negócios (art. 52, parágrafo único, CPC brasileiro); c) se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação, não haverá revelia quanto ao fato comum entre o litisconsorte revel e o atuante (não se aplica, aqui, o princípio da autonomia dos co-litigantes). Trata-se de aplicação do inciso 1 do art. 320, em consonância com o art. 485, "a", do CPC português: "quando havendo vários réus, algum deles contestar, relativamente aos factos que o contestante impugnar"; d) se o direito material em discussão for da categoria dos indisponíveis67: em verdade, é melhor se entender como sendo direito sobre o

qual a vontade das partes for ineficaz para produzir efeito jurídico que pela ação se pretende obter (art. 351, CPC; art. 2 1 3, CC-2002; CPC português, art. 485, "c"); e) se a inicial não estiver acompanhada pelo simples fato da revelia"' (Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, J 998, V. 3, p. 336-342).

66. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense.

2004. V. 3. p. 383.

67. No REsp n. 1 .084.745/MG, rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 06.1 1.2012, a 4ª Turma do STJ entendeu o efeito material da revelia aplica-se à Fazenda Pública, nos casos cm que se discuta relação jurídica de direito privado - ou seja, quando a relação juridica discutida não é genuinamente uma relação de direito administrativo (no caso do precedente. era uma locação de bens móveis).

de instrumento público que a lei considere da substância do ato. Há quem, corno Amaral Santos,68 também estenda a exceção aos casos em que a petição inicial não se faz acompanhar de i nstrumento particular que a lei considere da substância do ato (p. ex., arts. 541, 997, 1 .334, § 1°, 1 .417, todos do CC 2002). Quem assim entende fundamenta a compreensão na exigência legal de que a petiçã.o inicial deverá ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

6.3.2. Revelia não implica 11ecessariame11te vitória do autor

A revelia não significa automática vitória do autor na causa, pois os fatos podem não se subsumir à regra de direito invocada. Ao réu revel é permitido, sem impugnar os fatos, tratar, apenas, do direito.

A confissão ficta, principal efeito da revelia, não equivale ao reconhecimento da procedência do pedido. Como qualquer confissão, incide apenas sobre os fatos afirmados pelo demandante.

6.3.3. Matérias que podem ser alegadas após o praw de defesa

Conforme foi visto, há inúmeras matérias que podem ser deduzidas pelo réu após o prazo de apresentação da sua resposta (art. 303 do CPC). A revelia, portanto, em rela

ção a elas, é totalmente ineficaz, pois não impede que o réu as deduza posteriormente.

6.3.4. Proibição de alteração de pedido ou da causa de pedir, bem como de propor declaração incidente (<ll't. 321, CPC)

O autor, mesmo diante da revelia, não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze dias.

Fica difícil imaginar como seria proposta ação declaratória incidental, se um de seus pressupostos é a controvérsia da questão prejudicial, algo que só poderia acontecer se houvesse contestação. Imagina Barbosa Moreira69 a possibilidade de o curador especial contestar o direito que constitui fundamento do pedido do autor.

6.3.5. Intervenção do réu-revel

O réu revel pode intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar (art. 322), passando, a partir daí, a ser intimado dos atos que forem praticados 68. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direi/o Processual Civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

v.2 p. 244; PASSOS, José Joaquim Calmon de. Co111e111ários ao Código de

Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 3 1 5.

69. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

p. 94.

573



fREDIE ÜIDIER JR.

no processo. Poderá, inclusive, produzir provas (enunciado nº 23 l da súmula do STF). Se o réu apresenta a contestação intempestiva, o máximo que pode acontecer é a aplicação da confissão ficta: é que, estando nos autos, não poderá o réu deixar de ser intimado dos demais atos processuais.

Calmon de Passos, fundado em direito alienígena, pugna, inclusive, pela intimação da sentença ao réu revel.70 O STJ entendeu que o prazo de apelação para o réu revel corre independentemente da sua intimação: "O dies a quo para o revel interpor recurso será o da publicação da sentença em cartório. Assim, mesmo se a sentença não for proferida em audiência e tiver sua publicação na imprensa oficial para a paite regularmente representada nos autos, o prazo para o revel recorrer se inicia com sua publ icação em cartório" (EREsp 3 1 8.242-SP, rei. Min. Franciulli Netto, julgados em 1 7/ 1 1 /2004).

6.3.6. Necessidade de intimação do réu revel que tenha advogado constituído nos autos O legislador abrandou, recentemente, o efeito processual da revelia (prosseguimento do processo sem intimação do réu revel). De acordo com a nova redação do art. 322 do CPC, o réu revel que tenha patrono nos autos deverá ser intimado dos atos processuais.

Somente ao réu revel que não tenha patrono nos autos se aplica o efeito da revelia de dispensa de intimação dos demais atos processuais.

De fato.

Citado, o réu pode: a) aparecer e responder; b) aparecer e não responder; c) nem aparecer. Se ele aparece - seu advogado comparece e faz carga dos autos para apresentar defesa -, mas não responde ("b"), é revel, embora esteja presente no processo (não é tão

"rebelde") e deve ser intimado dos atos processuais ulteriores.

É o que acontece, também, na revelia do autor-reconvindo: embora revel, o autor está presente nos autos e, portanto, deve ser intimado dos demais atos do processo, não se lhe aplicando o efeito processual da revelia.

Boa mudança, porque reafirma a necessidade de aprimorar a garantia do contraditório e protege o réu-revel que compareceu aos autos.

6.3. 7. Possibilida<le de ação rescisória por erro de fato

O art. 485, IX, CPC, permite a ação rescisória de sentença com base em erro de fato.

Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (§ 1° do art. 485). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (§ 2º do art. 485).

70. PASSOS. José Joaquim Calmon de. Come11tcirios ao Código de Processo Civil. 9 cd. Rio de Janeiro: Forense,

'.'.004. V. 3. p. 419.



RESPOSTA DO REU E REVELIA

A incontrovérsia dos fatos dá-se, muita vez, em razão da revelia. Assim, é possível ao réu-revel ajuizar ação rescisória por erro de fato, se a sentença considerar existente fato que não ocorreu ou inexistente fato que tenha ocorrido.

6.3.8. Querela nullitatis

Um outro instrumento de proteção ao réu-revel é a possibilidade de impugnar, a qualquer tempo, sentença que tenha sido proferida em seu desfavor, sem que

tenha sido citado ou tendo havido citação inválida (art. 475-L, f, e art. 74 1 , T, CPC). Trata-se da querela nullitatis, ação autônoma de impugnação de sentença nula, mencionada nos capítulos sobre invalidades processuais e citação (neste volume) e examinada com mais vagar em capítulo próprio no v. 3 deste Curso.

6.4. Revelia na reconvenção

A revelia na reconvenção é, via de regra, tratada pelos autores como sendo indistinta da revelia comum. Convém lembrar, porém, que a reconvenção é a ação do réu contra o autor, no mesmo processo. Disso decorre que se o autor-reconvindo for revel na reconvenção, mas a reconvenção for conexa à ação principal de molde a que o julgamento de ambas passe pela apreciação da existência de fatos comuns, o juiz, pelo princípio da comunhão da prova, não poderá presumir existentes, para fins da reconvenção, fatos que foram considerados não-ocorridos por conta da instrução probatória ocorrida na ação originária.

CAPÍTULO X l X

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO

CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sumário • 1 . Saneamento e fase de saneamento. As providências preliminares - 2. Julgamento conforme o estado do processo - 3. Julgamento antecipado do mérito da causa - 4. Audiência preliminar: 4 . 1 . Generalidades; 4.2. Denominação e objetivos da audiência; 4.3. Direitos que admitam transação

("rectius": conciliação); 4.3 . 1 . Generalidades; 4.3.2. Conciliação em causas que envolvam pessoas jurídicas de direito público; 4.4. O

comparecimento à audiência. O preposto (representante voluntário); 4.4. 1 . Generalidades; 4.4.2. Pessoa física pode utilizar-se de "preposto"?; 4.4.3. Quem pode ser representante; 4.4.4. O instrumento da representação

- 5. O despacho saneador: 5. 1 . A dispensa de realização da audiência preliminar; 5.2. Conteúdo do despacho saneador; 6. Eficácia preclusiva da decisão de saneamento; 6 . 1 . Consideração introdutória; 6.2. O juízo de admissibilidade positivo e a preclusão.

1 . SANEAMENTO E FASE DE SANEAMENTO. AS PROVIDÊNCIAS PRELl

MlNARES

Apresentada ou não a resposta do réu, inicia-se uma fase do procedimento ordinário que se denomina de fase de saneamento ou fase de ordenamento do processo. Durante este período, o magistrado, se for o caso, deve tomar providências que deixem o processo apto para que nele seja proferida uma decisão, chamada de julgamento conforme o estado do processo1 (art. 323 do CPC).2

É importante notar que a atividade de saneamento do magistrado não se esgota nessa fase, que se caracteriza, apenas, pela concentração de atos de regularização do processo. É que desde o momento em que recebe a petição inicial, pode o magistrado tomar providências para regularizar eventuais defeitos processuais - a determinação de emenda da petição inicial (art. 284 do CPC)3 e a possibi lidade de controle a qualquer tempo das questões relativas à admissibilidade do procedimento (art. 267, § 3°, CPC) são exemplos disso. O dever de o magistrado sanear o processo deve ser exercido ao longo de todo o procedimento, mas há uma fase em que a sua atuação revela-se mais concentrada.

Ajàse de saneamento inicia-se após o escoamento do prazo de resposta do réu. No entanto, é possível que, após esse momento, a fase postulatória (que é aquela em que se definem o objeto do processo e o objeto litigioso do processo, sobre os quais falamos no 1 . PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 429.

2. "Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 1 O (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capínilo".

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59.

capítulo sobre a teoria da cognição judicial) se prolongue, pois o réu pode ter reconvindo ou denunciado a lide a um terceiro. É possível, ainda, que o autor requeira a modificação do pedido ou da causa de pedir, com o consentimento do réu, com base no art. 264 do CPC. Os primeiros atos dajàse de saneamento podem coincidir, portanto, com a prática dos últimos atos da fase postulatória.

Eis, basicamente, o rol de providências preliminares.

a) Tendo sido apresentada defesa indireta, deve o juiz intimar o autor para apresentar a sua réplica, em l O (dez) dias (arts. 326-327 do CPC), que consiste na manifestação do demandante sobre os fatos novos deduzidos pelo réu em sua defesa. Se a defesa for direta, não haverá intimação para a réplica. Se o autor trouxer documentos na réplica, o réu deverá ser intimado para manifestar-se sobre eles, em 5 (cinco) dias, conforme a regra do art. 398 do CPC.

b) Se o réu apresentar defesa direta, mas trouxer documentos, deve o magistrado intimar o autor para mani festar-se sobre eles, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 398 do CPC).

c) Se o réu apresentar defesa direta, consistente na negação da relação jurídica prejudicial deduzida pelo autor, deve o juiz i ntimar o autor, para que possa, querendo, em 1 0 (dez) dias,4 promover ação declaratória incidental, ampliando o objeto litigioso do processo, nos termos do arts. 5° e 325 do CPC. A ação declaratória incidental consiste em urna demanda, formulada pelo autor, para que o magistrado declare a existência da relação jurídica prejudicial, de molde a que essa decisão possa ficar imune pela coisa julgada material (art. 470 do CPC). O réu também pode promover ação declaratória incidental, que terá, porém, natureza de reconvenção.

Cabe aqui repetir o que dissemos no capítulo sobre a teoria da cognição judicial.

A ação declaratória incidental (arts. 5°, 325 e 470 do CPC) tem por utilidade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial será resolvida incidenrer 1antum e, na forma do inciso lII do art. 469, não ficará acobertada pela coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passa a ser objeto de resolução principaliter, compondo o thema decic/endum; a solução que o magistrado lhe der poderá ser acobertada pela imutabilidade da coisa julgada (art. 470 do CPC). Com ação declaratória incidental, a análise da

questão prejudicial muda: deixa de ser ela simples fundamento e passa a ser objeto de decisão do magistrado.

d) Se há defeitos processuais que possam ser cmrigidos, inclusive aqueles relacionados aos requisitos de admissibilidade do procedimento, deve o juiz providenciar a sua correção (conforme visto no capítulo sobre as invalidades processuais), fixando, para tanto, prazo não superior a 30 (trinta) dias (art. 327,fine, CPC).

4. É possível, então, que o autor seja intimado para apresentar réplica e ação declaratória incidental em 1 O (dez) dias, em prazo único (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed., p. 6 1).

e) Se houve revelia, deve o magistrado verificar a regularidade da citação.5

f) Se, não obstante a revelia, a confissão ficta não se tiver produzido (as hipóteses em que a confissão ficta não se produz foram expostas no capítulo sobre o assunto), deve o magistrado intimar o autor para especificar as provas que pretenda produzir em audiência (art. 324 do CPC). O prazo para especificação das provas é de 5 (cinco) dias, aplicando-se a regra supletiva do

art. 1 85 do CPC, tendo em vista o silêncio da lei sobre o assunto.6

g) Se a revelia decorrer de citação ficta, deve o magistrado designar o curador especial (art. 9°, 1 1 , CPC).

h) Se o réu reconveio, deve o magistrado intimar o autor para contestá-la, em quinze dias. É possível, assim, que o autor seja intimado para replicar, em dez dias, e contestar a reconvenção, em quinze dias. Poderá apresentar as suas manifestações em dez dias, mas não poderá replicar em quinze dias, valendo-se do prazo maior da reconvenção.

i) Se o réu promover uma denunciação da lide, um chamamento ao processo ou uma nomeação à autoria, o magistrado tomará as providências inerentes a essas intervenções, tal como determinar a comunicação do terceiro cujo ingresso no processo se pleiteia.

j) O magistrado deve verificar se é caso de intervenção do M inistério Público (art. 82 do CPC), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM, art. 3 1 da Lei Federal n.

6.385/1 976), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, art. 1 1 8 da Lei n . 1 2 .529/201 1) ou de qualquer outro órgão/entidade cuja presença no processo seja obrigatória, por força de lei.

2. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

O julgamento conforme o estado do processo pode ter diversos conteúdos.

Depois de cumpridas as providências preliminares (arts. 323 a 327), ou não havendo necessidade delas, o magistrado examinará o processo para que tome uma dessas decisões: a) extingue-o sem ju lgamento do mérito (art. 267, c/c o art. 329 do CPC); b) extingue-o com a resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 269, II, lII e V, c/c o art. 329 do CPC); c) extingue-o com j ulgamento do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 269, lV, c/c o art. 329 do CPC); d) julga antecipadamente o mérito da causa (art. 330 do CPC); e) marca audiência preliminar de conciliação (art. 33 1 do CPC); f) não sendo o caso de audiência preliminar, determina imediatamente a realização da audiência de instruçã.o e j ulgamento, proferindo o chamado "despacho saneador", ordenando o processo para a fase probatória (art. 33 1 , § 22, do 5. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao

Código de Processo Civil, 9 cd., cit., v. 3, p. 431 -433.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, 23 ed., cit., p. 60.

579

CPC); g) profere uma decisão parcial. com o conteúdo dos arts. 267 ou 269, mas

sem extinguir o processo, pois diz respeito a apenas uma parcela do objeto litigioso (transação parcial, p. ex.).

As hipóteses "a", "b", "c" e "g" serão estudadas no capítulo dedicado à extinção do processo (exame dos a1ts. 267 e 269 cio CPC), para onde remetemos o leitor.

Neste momento, cuidaremos das hipóteses "d", "e" e "f'.

3. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO DA CAUSA

Conforme visto no item anterior, após as providências preliminares, o magistrado deve proferir uma decisão, que se denomina julgamento conforme o estado do processo.

O julgamento antecipado da lide (rectius:julgamento antecipado do mérito da causa) é uma das possíveis decisões que podem ser tomadas neste momento do procedimento.

Trata-se ele decisão de mérito em que o magistrado decide o objeto litigioso, j ulgando procedente ou improcedente a demanda formulada. Perceba-se que em outras duas variantes do julgamento conforme o estado do processo há, também, exame de mérito: a) extinção por autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, transação ou renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda), art. 269, IJ, I II e V, CPC; b) extinção pelo reconhecimento da prescrição/decadência, art. 269, IV, CPC. Nessas situações, só bá julgamento de mérito nos casos da letra "b". No julgamento antecipado da lide, porém, o magistrado julga o mérito com base no inciso 1 do art. 269 do CPC.7 Assim, como se vê, o julgamento conforme o estado do processo pode implicar decisão de mérito tornada com base em qualquer dos incisos do art. 269 do CPC. São hipóteses de abreviação do procedimento.8

O julgamento antecipado da lide é uma decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, proferida após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento (provas orais, perícia e inspeção judicial). "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença", diz o caput do art. 330 do CPC.

O magistrado entende ser possível proferir decisão de mérito apenas com base na prova documental produzida pelas partes. O julgamento antecipado da lide é

uma técnica de abreviamento do processo. É manifestação do princípio da adaptabilidade do procedimento (ver capítulo sobre princípios), pois o magistrado, diante de peculiaridades da causa, encurta o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo. É

7. Uma observação é necessária: a decisão judicial com base no inciso 1 do an. 269 do CPC pode ocorrer em j11lgame1110 antecipado da lide ou após a realização da audiência de instrução e julgamento (MO

REIRA. José Carlos Barbosa. O no1·0 processo civil brasileiro. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

p. 97).

8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O 1101•0 processo civil brasileiro. 23 ed., cit., p. 95-96.

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

bom frisar que o adjetivo "antecipado" justifica-se exatamente no fato de o procedimento ter sido abreviado, tendo em vistas particularidades do caso concreto.9

O art. 330 do CPC prevê as hipóteses em que se admite o julgamento antecipado ela lide. Convém transcrevê-lo:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: 1 - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; l l - quando ocorrer a revelia (art. 3 1 9).

É preciso fazer algumas anotações sobre esse artigo.

a) Em primeiro lugar, o princípio da cooperação impõe que o magistrado comunique às partes a intenção de abreviar o procedimento, julgando antecipadamente a lide. Essa intimação prévia é importantíssima, porquanto profilática: i) evita uma decisão-surpresa, que abruptamente encerre o procedimento, frustrando expectativas das partes; ii) se a parte não concordar com essa decisão, deve interpor agravo (no mais das vezes, será o agravo retido, art. 522-523 do CPC) - se não o fizer, não poderá, posteriormente, alegar cerceamento de defesa, pela restrição que se fez ao seu direito à prova, em razão da preclusão.

b) Essa possibilidade de abreviação do procedimento deve ser utilizada com cautela e parcimônia, não só porque pode implicar restrição ao direito à prova, mas também porque, sem a audiência de instrução e julgamento, podem os autos subir ao tribunal, em grau de recurso, com fraco conjunto probatório.1° Como não é praxe, em órgãos colegiados, a realização de atividade de instrução probatória complementar (não obstante isso não nos pareça vedado pelo sistema, à luz do art. 1 30 do CPC), é possível que, diante de um processo "mal-instruído", o tribunal resolva anular a sentença, para que se reinicie a atividade probatória - e isso não é desejável.

c) Não há questão de mérito que seja "unicamente ele direito", corno está escrito no inciso I do art. 330. O fenômeno j urídico não prescinde do suporte fático, sobre o qual incide a hipótese normativa. As hipóteses previstas no inciso I podem ser resumidas em uma: é possível o julgamento antecipado quando não for necessária a produção de provas em audiência, ou seja, quando a prova exclusivamente documental for bastante para a prolação de urna decisão ele mérito.

9. Oportuna a referência à crítica terminológica feita por A lexandre Càmara: "A denominação do instituto é criticável. Em primeiro lugar, este julgamento não é, propriamente, 'antecipado'. O mérito estará sendo apreciado por ser este o momento adequado ... Melhor seria falar-se, aqui, não em julgamento

'antecipado', mas em julgamento 'imediato'". (Lições de Direito Processual Civil. 9 ed. Rio de .Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 358). Assim, também, CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação da tutela. 5 ed. Rio ele Janeiro: Forense, 2004, p. 25-26.

1 O. Com essa preocupação, GRINOVER, Ada Pellegrini. "O julgamento antecipado da lide: enfoque constitucional". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 977, n. 5, p. 1 0 l- 1 1 3; ANDRADE, Luís Antônio de. Aspectos e inovações do Código de Processo Civil (processo de conhecimento). Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974, p. 1 71 -1 72.

FREDIE DIDIER JR.

d) Sobre o inciso 1 1, é preciso esclarecer que a revelia só implica ju lgamento antecipado da lide se ela produzir o efeito típico da corifissão fleta, pois, assim, os fatos tornar-se-iam incontroversos, o que dispensa a prova, consoante o art. 334, III, do CPC.

No capítulo sobre a resposta do réu, vimos que nem sempre a revelia gera confissão fleta.

É possível, ainda, que, não obstante a revelia e o julgamento antecipado da lide, o autor perca a causa; nada impede que o magistrado julgue improcedente o pedido, a despeito de reputar existentes os fatos alegados - p. ex., os fatos deduzidos não têm aptidão para conferir ao autor o direito pleiteado.11

e) Não se permite que o magistrado, no j ulgamento antecipado da lide, conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Se o magistrado convoca os autos para julgamento antecipado, é porque entende provados os fatos alegados. Entende, enfim, que não há necessidade de prova. Essa decisão impede comportamento contraditório do juiz (venire contra factum proprium); há preclusão lógica12 para o magistrado, que, então, não pode proferir decisão com aquele conteúdo.

A sentença de improcedência por falta de prova, em j ulgamento antecipado da lide, além de violar o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva, que orienta a relação entre os sujeitos processuais, e o princípio da cooperação, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova. 13

f) Quando for o caso, o "julgamento antecipado não é faculdade, mas dever que a lei impõe ao j ulgador",14 em homenagem ao ptincípio da economia processual (art. 1 25 , II, CPC).

4. AUDIÊNCIA PRELIMINAR

4.1. Generalidades

Ultrapassada a fase das providências preliminares, e não ocorrendo as hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 do CPC - extinção do processo sem exame do mérito, ou com exame do mérito em razão de autocomposiçâo, prescrição, decadência ou j ulgamento 1 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23 ed., cit., p. 98.

1 2 . Admitindo a preclusão lógica para o juiz, embora sem fazer menção a esse exemplo. corretamente, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. ?reclusões para o juiz. São Paulo: Método, 2004, p. 42-46.

13. Neste sentido, no STJ, 3aT., REsp 649. 1 9 1/SC, rei. Min. Carlos Alberto Menezes Direito,j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241 ; la T., REsp n. 443 . 1 7 1 /SC, rei. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004,

publicado no DJ de 25.02.2004, p. 1 0 1 .

1 4 . TElXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil anotado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001 , p.

255. Também assim, CÂMARA, AJexandrt> Freitas. Lições de Direito Processual Civil, 9 ed., v. 1. cii., p.

360; STJ, 4 T., Resp n. 2.832/JU, publicado no DJ de 1 7.09. 1 990; Resp n. 5.640/RS, publicado no DJ de 24.06 . 1 9 9 1 ; STJ, 3a T., AgRg no Ag 481607/DF. rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 1 8.03.2004, publicado no DJ de 12.04.2004, p. 205; STJ, 6a T., R.Esp nº 102.303/PE, Rei. Min. Vicente Leal, j. em 27.04.1999, publicado 110 DJ de 1 7.05.99; 1 a T., AgRg no REsp 11. 579.890/AC, rei. M in. José Delgado, j.

em 05.02.2004, publicado no DJ de 05.04.2004, p. 214.

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

antecipado da lide - caberá ao juiz designar audiência preliminar, situação em que tentará promover a conciliação das partes.

Eis o texto do caput do art. 33 1 do CPC: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam

transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir".

Cabe, inicialmente, uma observação. Nada impede, não obstante o texto legal (art.

33 1 do CPC), que o magistrado, mesmo sendo caso de julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), marque a audiência preliminar, com o objetivo de tentar conciliar as partes. 15 Isso com base no inciso IV do art. 1 25 do CPC, que atribui ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo. Não obtida a concil iação, o magistrado julgaria a demanda imediatamente.

Vamos adiante.

Seguindo tendência mundial, foram acrescentados ao CPC, nas últimas reformas das leis processuais, dois dispositivos que, somados ao art. 448 do CPC (que j á previa uma tentativa de conciliação no início da audiência de instrução), compõem o tripé normativo em favor da conciliação (da solução do litígio por autocomposição): o art. 1 25, IV e o art. 3 3 1 . O inciso IV do art. 125 estabelece o dever do magistrado conciliar as partes a qualquer tempo; o art. 3 3 1 introduz no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória, cujo objetivo principal é ensejar uma tentativa de concil iação das partes.

Este item é dedicado à audiência preliminar, que é uma das consequências que podem ocorrer após a fase de saneamento do processo.

4.2. Denominação e objetivos da audiência

A audiência de concil iação obrigatória, introduzida no art. 33 l do CPC em dezembro de 1 994, sofreu sua primeira reforma com a edição da Lei Federal n. 1 0.444/2002.

Uma das mudanças foi terminológica: a audiência passou a chamar-se de "audiência preliminar".

15. Assim, também, TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 86, p. 106; Em sentido contrário, para quem, sendo caso de julgamento antecipado da lide, o juiz não pode determinar a

audiência preliminar, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, v. 3, p. 447; TlJCCI, Rogério Lauria. "A nova fase saneadora do processo civil brasileiro". Reforma do Código de Processo Civil. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 358.

583



A mudança do nome do instituto para "audiência preliminar" justifica-se plenamente. É que a doutrina, de modo geral, já reconhecia nessa audiência funções outras além da simples tentativa de conciliação. Como bem afirma Dinamarco, possuía essa audiência um tríplice escopo: conci l iação, saneamento do processo e delim itação da instrução.16

De fato.

Iniciada a audiência preliminar, o magistrado tentará alcançar a conciliação. Não obtida a conciliação, o magistrado deverá resolver as questões processuais pendentes e fixar os pontos controvertidos do processo - isto é, identificar as questões que devem ser objeto da fase de instrução probatória.

O §2º do art. 3 3 1 prescreve que o magistrado, frustrada a conciliação, "decidirá as questões processuais pendentes". Esse enunciado causa certa perplexidade, uma vez que o caput indica que é pressuposto para a ocorrência da audiência preliminar o exame prévio do magistrado acerca da admissibilidade do processo e, por conseguinte, ·'questões pendentes" não haveriam de estar relacionadas nem com o juízo de admissibilidade do processo, nem com a existência de prescri

ção ou decadência e nem com a existência de autocomposição do litígio. Como bem diz Calmon de Passos,17 esse momento processual não comportaria, a bem da verdade, "questões pendentes", por faltar um iler processual que permitisse novas alegações: assim, concluir-se-ia serem pendentes as questões processuais suscitadas pelo réu e não abordadas em decisão anterior. Se isso ocorrer, então, poderá o magistrado examinar essas questões pendentes e, se for o caso, extinguir o processo sem exame do mérito (art. 267) ou com exame do mérito (art. 269, IV, prescrição e decadência).

Após isso, o magistrado deve delimitar a fase de produção de provas: admitir e não admitir a produção de certos meios de prova, designar perito e formular o rol de quesitos (se for o caso), marcar audiência de instrução e julgamento, determinar a inspeção judicial, oitiva de testemunhas ou depoimento da parte etc.

A audiência, por não ser simplesmente de conciliação, não merecia o nome que tinha.

Muda-se com isso também o nome da "Seção I l i", que passa a chamar-se "Da

audiência preliminar", conforme o art. 32 da Lei Federal n. 1 0.444/2002.

Discute-se se a não-marcação de audiência preliminar, quando fosse o caso, implicaria invalidade do procedimento. A resposta deve seguir o método desenvolvido no capítulo sobre invalidades processuais: só haverá nulidade se houver prejuízo. Antecipamos, porém, 16. A reforma do Código de Processo CM/. 4 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1 997, p. 1 1 8. O próprio Dinamarco já se referia ao instituto como audiência preliminar, assim como NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria.

Código de Processo Civil co111e11tado e legislação processual civil exrravagame em vigo1: 5 cd. São Paulo: RT, 2001, p. 8 1 4-5; CARNEIRO, Alhos Gusmão. A11dié11cia de insrmção ej11/ga111e1110 e audiéncias preli111i11ares. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 200 1 , p. 105.

1 7. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comenlários ao Código de P1vcesso Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense.

2004. V. 3. p. 482-484.



que dificilmente esse prejuízo ocorrerá, tendo em vista que há sempre a possibilidade de correção do defeito do procedimento, quer pela designação de uma data para a realização da audiência, quer pela tentativa de conciliação que o magistrado pode efetuar por ocasião da abertura da audiência de instrução e ju lgamento.

4.3. Direitos que admitam transação ("rectius": conciliação) 4.3. 1.

Generalidades

A audiência preliminar deve ser marcada se os direitos puderem ser objeto de transação.

A Lei n. 1 0.444/2002 promoveu a troca da "infeliz expressão"18 "direitos disponíveis" por outra tecnicamente mais correta: "direitos que admitam transação".

A mudança foi importante, pois são inúmeros os casos de direitos considerados indisponíveis que admitem transação (alimentos, guarda de filhos e outras causas de família, causas coletivas, causas que envolvem entes públicos, por exemplo), sendo forçoso reconhecer que há distinção entre indisponibilidade e intransigibilidade (rectius: inconciliabilidade).19

Deve-se ressaltar que não se pode, atualmente, aplicar de forma indistinta o rui. 84 l do CC/2002, que afirma somente ser possível a transação em relação a direitos patrimoniais de caráter privado. Não se pode, ainda assim, confundir transação com conciliação, esta gênero do qual aquela é espécie. É possível conciliação sem transação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação ou reconhecimento da procedência do pedido. O que visou o legislador, com a criação da audiência preliminar, foi ensejar um momento processual propício ao fim do litígio por conciliação, não necessariamente por transação. Assim, onde se lê "direitos que admitam transação", leia-se "direitos que admitam conciliação". A mudança legislativa, embora elogiável, poderia ter sido ainda melhor.

Confonne j á se apontou, em causas de família (direitos não patrimoniais) a conciliação revela-se como a melhor e mais eficaz forma de solução de conflitos. Interessante citar a lembrança de Barbosa Moreira, em relação à doutrina que comentou a legislação de 1 994: registra o autor a sustentação de alguns autores (como Cândido Dinamarco), que, à época, à revelia do comando normativo - que previa apenas a conciliação em causas com direitos disponíveis em disputa -, a audiência ele conciliação seria também obrigatória nos casos de direitos indisponíveis: é que apesar da impossibilidade de conciliação em virtude da natureza da contenda, ainda assim j ustificar-se-ia a audiência de conciliação pelas suas demais funções: o saneamento do processo e a preparação para a instrução probatória.20

1 8. FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. "Audiência preliminar no processo civil moderno" A segunda etapa da reforma processual. Fredie Didier Jr. e Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 355.

19. Carreira Alvim foi um dos primeiros a atentar para a circunstância, sendo razoável acreditar que a mudança ora operada tenha sido fruto de sua intervenção, membro ativo que era da Comissão de Reforma do Código (Código de Processo Civil reformado. 4 ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 1 999, p. 158- 1 6 1).

FREDIE DIDIER JR.

Um exemplo de causa que não admite transação e, pois, conciliação, é a ação de improbidade administrativa (art. 17, § l º, da Lei Federal n. 8.429/ 1 992). O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não é admissível transação em processo que envolve discussão sobre a transposição de cargos públicos.21

4.3.2. Conciliação em causas que envolvam pessoasjurülicas de direito público

H á certo dissenso na prática forense em relação à possibilidade de conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público. Existe um mau

vezo de se relacionarem tais causas com suposto interesse público, a não permitir a realização de qualquer espécie de autocomposição. Trata-se de equívoco lamentável.

São inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo interesse de ente público, não sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por acordo de parcelamento firmado perante a repartição pública, longe das mesas de audiêL1cia do Poder Judiciário. A lei, i nclusive, prevê expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais.22 "Em regra são situações 20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. '·Vicissi111des ela Audiência Preliminar". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n . 16, p. 74.

2 1 . S3 T., REsp n. 667.125, rei. Min. José Arnaldo da Fonseca, noticiário do STJ de 07. 1 1 .2005.

22. Arl. 4°, VI, da LC n. 73/93, que dispõe ser al1 ibuição cio Advogado-Geral da União: "VI - desistir, transigir e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos ela legislação vigente". Arts. 1° e 2° ela Lei Federal n. 9.469/97: "Arl. 1° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máx.imos elas autarquias, elas fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, cm juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até RS 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim corno requerimento de extinção das ações cm curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R$ 1 .000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1° Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou ela autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2° Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao património imobiliário da União. Art. 2° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a RS

50.000,00 (cinquenta mil reais), cm parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta. § 1 º O saldo devedor da dívida será atualizado pelo índice de variação da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), e sobre o valor da prestação mensal incidirão os juros, à taxa de doze por cento ao ano. § 2º lnadirnplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo".

Parágrafo único do art. 1 O da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei Federal n. 10.259/2002): "Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem corno os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais".

em que a cobrança integral do valor é muito dispendiosa, se comparada com o seu possível resultado. A renúncia ou a transação acaba sendo de interesse público".23

A possibilidade de conciliação envolvendo entes estaduais e municipais dependerá de lei estadual ou municipal específica.

Assim, é plenamente possível o acordo em tais causas. Pouco importa se lhes atribua a característica da indisponibilidade, pois é induvidosa a possibilidade de conciliação, justificando-se a realização da audiência preliminar.24

4.4. O comparecimento à audiência. O preposto (representante voluntário) 4.4. 1. Generalidades

Uma outra novidade, trazida pela Lei Federal n. 1 0.444/2002 à audiência preliminar, foi a possibilidade expressa de a parte fazer-se representar por preposto - possibilidade já prevista para as audiências nos ritos sumário (art. 277, § 3°, do CPC) e dos Juizados Especiais Cíveis (art. 92, § 412, da Lei Federal n. 9.099/95).

O preposto representará a parte na audiência, e apenas nela, desde que tenha poderes expressos para conciliar (art. 33 1 ,.fine, do CPC). Trata-se de delegado da parte com o poder especial de transigir (rectius: conciliar). Seu agir é essencialmente material (transação, por exemplo, é ato de direito material), consistente na prática de determinado ato j urídico, sem qualquer função postulatória, daí por que não precisa ser advogado.

A preposição regulada no Código Civil é figura de direito material, mais especificamente de direito empresarial, e cujo regramento legal tem por fim precípuo regular as relações do preposto com a sociedade a que pertence e com terceiros (arts. 1 . 1 69 a l . l 78

do CC-2002). A preposição, aqui prevista, assemelha-se (repita-se: assemelha-se) à figura do mandato, com poder específico de proceder à conciliação judicial, administrando os interesses do preponente. Trata-se de representação voluntária, regulada, genericamente, pelos arts. 1 1 5 a 1 20 do CC-2002. A utilização, pelo legislador, do termo "preposto", de conteúdo dogmático mais restrito, deve-se, induvidosamente, à consagração do seu uso nas causas trabalhistas e no âmbito dos Juizados Especiais. Para que não houvesse confusão, seria de bom alvitre a mudança do termo: de "preposto" para "representante voluntário", ou simplesmente "representante."

23. RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. São Paulo: Forense, 2002, p. 146-147.

24. Vejamos exemplos eonere1os citados por Carreira Alvim: a) demandas possessórias, contra ou a favor da União, em qu..: se pode conciliar quanto ao

prazo de retirada do suposto esbulhador; b) ação de despejo ajuizada pela União, em que é mais do que razoável imaginar-se um acordo; e) execução fiscal, em que acordos são normalmente celebrados, confom1e já divisamos (Código de P1vcesso Civil reformado, p. 1 60-1). Cristiano Chaves também admite a conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público ("Audiência preliminar no processo civil moderno". A segunda etapa da reforma processual, p. 360).

587

É possível, entretanto, representação voluntária sem a existência do contrato subjacente de mandato.25 O Código Civil de l 9 1 6 parece ter equiparado, equivocadamente, a duas figuras; já o Código Civil de 2002 procurou dar um tratamento normativo mais aprimorado, criando regulamentação geral da representação, legal ou voluntária. Aplicam-se, entretanto, supletivamente, à representação voluntária, as normas relativas ao mandato representativo (art. 120 do CC/2002; arts. 653 a 691 do CC/2002).

A outorga do poder de representar é provada pela procuração, que é o seu instrumento.

A representação, nonnalmente, legitima-se em outra relação jurídica, de onde esse poder é retirado; relação essa que não é, necessariamente, a de mandato, pois há outras relações negociais básicas que autorizam a concessão do poder de agir em nome de outrem, por exemplo: prestação de serviços, empreitada, expedição, agência, sociedade e preposição mercantil.

Não se pode confundir, ainda, a preposição, aqui examinada, com aquela típica das demandas trabalhistas. É que lá - processo do trabalho - o preposto assume outras fim

ções processuais, sendo inclusive fonte de prova (prestará depoimento oral), enquanto cá - processo civil - a função do preposto é puramente de direito material - conciliação

-, não lhe restando qualquer outra. Embora rotulados com o mesmo nome, são figuras distintas, com papéis distintos e que merecem, pois, tratamento distinto.

Preposto de pessoa jurídica ou firma individual não precisa ter com esses entes vínculo empregatício. A propósito, a nova redação do § 4º do art. 9° da Lei n. 9.099/ 1 995, trazida pela Lei n. 1 2. 1 37/2009, aplicável por analogia aos procedimentos ordinário e sumário:

"§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver necessidade de vínculo empregatício".

4.4.2. Pessoa fisica pode utilizar-se de "preposto "?

É claro que pessoa tisica pode valer-se de "preposto". Embora o termo seja utilizado, costumeiramente, quando se está diante de representante de pessoa jurídica, nada indica a inadmissibilidade do manejo da preposição - essa, com função de representação judicial para fins conciliatórios - pela pessoa fisica.26 Trata-se, enfim, de representante voluntário, com poder específico de conciliação, e a pessoa física, obviamente, pode constituir representante voluntário.

Ademais, não permitir à pessoa física valer-se da preposição, para fins conciliatórios, é ferir o princípio da igualdade, pois não se justifica tratamento processual tão desigual entre a pessoa humana e a pessoa jurídica. Há pessoas muito hábeis na tarefa conciliatória, 25. Sobre a distinção entre mandato representativo e mandato sem representação: Orlando Gomes, !111rod11çào ao direi/o civil. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 449-452; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. A represenlaçào vo/11111ária no direi lo privado. São Paulo: RT, 1998, p. 46-7; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tra1ado de direi/o privado. Campinas: BookseLler, 2000, L 3, p. 267-352.

26. GARCIA, Marco Túlio Murano. "A figura do preposto no âmbito do processo sumário". Revis/a de Processo. São Paulo: RT, 1998, n. 89, p. 109- 1 13.

enquanto outras são totalmente despreparadas para tanto. Enquanto a pessoa jurídica treina seus prepostos em cursos profissionalizantes, a pessoa fisica, normalmente l itigante eventual, se vê diante de uma situação que lhe não é peculiar, o que torna a negociação bem desigual. Por mais que o advogado e o juiz possam ser fatores de equilíbrio, não vemos como repelir a ideia de pessoa física constituir representante para esse fim específico. É possível até mesmo a nomeação de "profissionais": pessoas especializadas na

"arte de negociar".

4.4.3. Quem pode ser representante

Qualquer pessoa capaz pode sê-lo. O maior de dezesseis e menor de dezoito não emancipado também pode ser preposto, por força do art. 666 do CC/2002.27 No caso de pessoa j urídica, não precisa sequer ser seu empregado.

Há proibição de atuação do advogado como preposto (art. 23 do Código de Ética da OAB). Parece, no entanto, que essa proibição não se aplica à preposição processual, porquanto a participação do advogado, aqui, na qualidade de preposto, restringir-se-á à tentativa de conciliação - típica, portanto, do exercício da advocacia. A restrição do Código de Ética refere-se à preposição em causas trabalhistas, nas quais a figura do preposto assume outras funções processuais, como já examinado.

Além disso, o próprio texto normativo é muito claro ao permitir a representação, na audiência, por procurador habilitado com poderes de transigir (rectius: conciliar), consagrando, a propósito, o regramento que já existia antes dessa refom1a.

4.4.4. O instrumento da representação

O preposto precisa apresentar a carta de preposição (art. 1 1 8 do CC-2002),28 que nada mais é do que uma procuração, com poder expresso de conciliação; trata-se de negócio jurídico unilateral, pelo qual alguém delega a outrem determinado poder de representação.

Fala-se em conciliação, e não transação (como menciona a lei), pois, conforme vimos, essa é modalidade daquela, e a audiência preliminar pode gerar qualquer espécie 27. Art. 666 do CC-2002: "O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores". Há entendimento que amplia ainda mais o rol dos representantes voluntários: "O

representante, segundo sujeito da relação representativa, pode ser qualquer pessoa plenamente capaz, bem como os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos, sem necessidade de ratificação de seus atos (CC, art. 1 .298). Dispensa-se a plena capacidade civil do representante porque, sendo a

pessoa apta a entender o negócio a ser realizado, é irrelevante seu status jurídico já que os efeitos do negócio se produzem diretamente na esfera jurídica do dominus negotii" (Maria Cândida Amaral Kroetz, A representação voluntária no direito privado, p. 62).

28. Art. 1 1 8 do CC-2002: "O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem".



de conciliação, e não apenas a transação. Importa frisar, entretanto, que a procuração deve conter expressamente o poder conciliatório, sob pena de não-realização da tentativa de conciliação e ineficácia (art. 662 do CC-2002) do acordo porvenh1ra homologado.

Os prepostos podem conciliar sem a presença de advogados? Sim, não haveria qualquer problema, pois a conciliação, como já se disse, é ato de direito material, e envolve interesses a princípio apenas das partes envolvidas no l itígio.29

5. O D ESPACHO SANEADOR

5. 1 . A dispensa de realização da audiência preliminar

A Lei Federal n. 1 0.444/2002 mitigou a obrigatoriedade da audjência prelimLnar (§

32 do art. 3 3 1 do CPC). Cabe agora ao magistrado verificar, in concreto, se é o caso de marcar a audiência preliminar, sugerindo a lei, para tanto, dois critérios, ambos baseados na viabilidade da concil iação: a) inviabil idade da transação (rectius: conciliação) em razão dos direitos em jogo (critério mais objetivo); b) "se as CLrcunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção" (critério mais subjetivo).

Reforça-se, também aqui, o poder do juiz de adequação do regramento processual ao caso concreto - o princípio da adaptabil idade do procedimento, a que antes nos referimos no capítulo sobre os princípios do direito processual. Em vez de impor etapa procedimental obrigatória, enrijecendo o procedimento, o legislador transfere ao magistrado a tarefa de examinar a oportunidade da real ização da audiência, a ser verificada a partir das peculiaridades do caso concreto.

Já se defendia, mesmo antes dessa reforma, que, versando a causa sobre direitos inconciliáveis, não se marcaria a audiência de conciliação, devendo o magistrado providenciar a preparação do feito para a instrução no célebre "despacho saneador".

O legislador reformista foi além, pois permitiu a dispensa da audiência quando esta for improvável, mesmo havendo possibilidade teórica da conciliação. Quando não se puder vislumbrar em concreto o acordo, pode o magistrado sanear/ordenar o feito sem a realização da audiência.

Assim, a audiência prelimLnar é, em princípio, etapa obrigatória do procedimento, mas será facultativa sempre que, confonne o §3°, o dlíeito em litígio não admitir transação.30

Não sendo caso de marcação da audiência preliminar, surge a última hipótese de julgamento conforme o estado do processo: o "despacho saneador".

29. FARIAS, Cristiano Chaves. "Audiência preliminar no processo civil moderno". A segunda etapa da reforma processual, p. 356.

30. É como entende Barbosa Moreira: "Com isso não se nega o caráter facultativo que passou a ter a audiência preliminar, em causas atinentes a direitos insuscetíveis de transação, desde a entrada cm vigor da Lei 10.444". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Vicissitudes da Audiência Preliminar". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004. n. 16. p. 76.)
590

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

5.2. Conteúdo do despacho saneador

Se não for caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nem de extin

ção do processo com j ulgamento do mérito (prescrição/decadência, autocomposição ou julgamento antecipado ela lide), e não sendo hipótese de audiência preliminar, deverá o magistrado proferir uma decisão escrita, em que deverá examinar as questões processuais suscitadas, declarar saneado o feito, fixar os pontos controvertidos e delimitar a atividade probatória.

Na célebre síntese de Barbosa Moreira: "O despacho saneador tem lugar j ustamente nas hipóteses restantes ... , o órgão judicial chega à convicção de que é necessário o prosseguimento do feito - porque ainda não pode ser julgado o mérito -, e além disso é útil fazê-lo prosseguir - porque tudo indica que o mérito poderá ser julgado. Configura-se, pois, o despacho saneador como o ato pelo qual o juiz, verificando ser admissível a ação e regular o processo, o impele em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar ainda madura a causa para a decisão de mérito".31

Perceba-se o seguinte: a) o "despacho saneador" não é despacho, mas decisão interlocutória;32 b) o "despacho saneador" nada saneia; na verdade, declara saneado; c) o seu conteúdo é equivalente ao da decisão, já examinada linhas atrás, que o magistrado proferiria acaso, tendo marcado audiência preliminar, restasse frustrada a tentativa de concil iação.

Rogério Lauria Tucci ensina que a di ferença entre a decisão de saneamento proferida na audiência prelimjnar e o "despacho saneador" reside em que aquela, "em vez de consubstanciar-se num ato escrito do juiz, deverá ser pronunciado oralmente, e mediante pro/ação, sob ditado, ao escrevente encarregado da documentação da audiência" n

Há, pois, nessa decisão, um capítulo decisório em que se reconhece a admissibilidade do processo (juízo declaratório) e outro capítulo decisório em que se fixam os pontos controvertidos e se delimita a atividade de instrução (juízo constitutivo).

6. EFICÁCIA PRECLUS IVA DA DEClSÃO DE SANEAMENTO

6.1 . Consideração introdutória

Este item tem o objetivo de examinar a seguinte questão: o juízo de admissibilidade positivo, quer tenha sido feito no despacho saneador, quer tenha ocorrido durante a audiência preliminar, tem eficácia preclusiva? Proferido o juízo de admissibilidade 3 1 . MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil bra.çi/eiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52-53.

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 22 ed., cit., p. 53.

33. "A nova fase saneadora do processo civil brasileiro". Reforma do Código de Processo Civil. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 362.

positivo, é possível que a questão decidida possa ser reexaminada, ainda no mesmo processo?

A doutrina não costuma atentar para uma circunstância bastante relevante: concluindo pela admissibilidade ou inadmissibilidade, o juízo que o magistrado faça sobre a validade do procedimento é o mesmo, não se altera de acordo com a conclusão alcançada. Se o juízo de admissibilidade é uma decisão (e parece indiscutível que o seja), positivo ou negativo, pouco importa, deverá submeter-se

à preclusão. É o que ora se defende. As razões serão examinadas no item seguinte.

6.2. O j uízo de admissibilidade positivo e a preclusão

Prevalece, na doutrina brasileira, a concepção de que a decisão judicial que reconhece a presença dos requisitos de admissibilidade do processo (principalmente o denominado

"despacho saneador", pelo qual o magi trado declara a regularidade do processo) não se submete à preclusão34 pro iudicato: enquanto pendente a relação jurídica processual, será sempre possível o controle ex officio dos requisitos de admissibil idade, inclusive com o reexame daqueles que já houverem sido objeto de decisão judicial.35 O fundamento legal dessa concepção é o § 3° do art. 267, que teria imunizado as decisões sobre os 34. Adotando essa concepção, valiosa a leitura de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Prec/usões para a juiz.

São Paulo: Método, 2004, p. 233-255, em que há bela resenha da doutrina brasileira sobre o tema. Seguem essa linha. entre outros: LACERDA. Galeno. Despacho saneado1: Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953. p.

162-168; FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 435-436; NERY

Jr., Nelson e ERY, Rosa. Código de Processo Civil Co111e111ado e legislação extravagame. 8 ed. São Pau lo: RT, 2004, p. 183; TUCCI, José Rogério Cruz. e. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento". Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof Galena Lacerda. Carlos Alberto AI varo de Oliveira (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 275-290; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. ·'O pedido de reconsideraçílo e suas hipóteses de cabimento ... Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, D. 4, p.104-105; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5 cd. São Paulo: RT, 2004, p. 242; ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 393; ARAÚJO, Mauro Alves de. Extinçcio do processo

- sa11ea111e11to. São Paulo: Max Limonad, 1 999, p. 180; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo"'.

Revisra de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 86, p. 102-104; WAMBIER, Luiz

Rodrigues. "Despacho saneador irrecorrido - possibilidade de o juiz decidir contrariamente na sentença'". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 992, n. 67, p. 227-23 1 ; SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de direiro processual civil. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1 , p. 2 1 1 ; ARAGÃO. Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)". Saneamelllo do processo. Estudos em lro111e11agem ao Prof. Galeno Lacerda. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.).

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Edito1, 1989. p. 173-174; ARMELfN, Donaldo. legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 979, p. 155; GONÇALVES, Marcus Vinícius.

Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1 , p. 248-249; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimemo. 3 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 667; SANTOS, Emane Fidélis dos. Manual de Direiro Processual Civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 1 998, v. 1 , p. 405-406; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 364-365: MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direi/o processual civil.

São Paulo: Atlas, 2005, v. 1 , p. 246.

35. Conclusão n. 9 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: "Em se tratando de condições da ação não ocorre preclusão mesmo existindo explícita decisão a respeito".

requisitos de admissibilidade do processo à preclusão. Afirma-se que o enunciado n.

424 da súmula do STF,36 embora ainda em vigor, não se aplica a esse tipo de questão.37

Fala-se que não se pode cogitar de preclusã.o para as matérias que podem dar

ensejo à ação rescisória.

Não é essa a concepção, porém, a que ora se adota.38

a) Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3° do art. 267 do CPC. O que ali se pennite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo - não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas ex ojfi.cio, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões já decididas. A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito.

Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo se de natureza processual, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento ex ojfi.cio de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-oficio. São coisas diversas: a cognoscibilidade ex officio de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.

36. 'Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença".

37. STJ, 4" T., REsp 343750-MG, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira , j . 2 1 .05.2002, DJ de 1 0.02.2003, p. 2 1 5 .

38. Adota-se, em parte, o posicionamento de Barbosa Moreira (O novo processo civil brasileiro. 2 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54). Além desse autor, outros defendem a eficácia preclusiva da decisão sobre questão de admissibilidade do processo: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 500 e scgs.;

CHlOVENDA, Giuseppe.

Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 1 998, v. 1 , p. 456-457; LIEBMAN, Enrieo Tullio. Ano/ações às Instituições de Direito Processual Civil de Giuseppe Chiovenda. Campinas: Bookseller, 1 998, v. 1 , p. 456, nota 225; COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro.

Rio de Janeiro: José Konfino, 1 946, v. 3, p. 109- 1 1 1 ; MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1 974, v. 2, p. 166-172; GOMES, Fábio Luiz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 3, p. 46; MALACHINI, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1977, n. 6, p. 107- 1 08; NUNES, Dierle José Coelho. "Preclusão como fator de estruturação do procedimento". Estudos co11ti1111ados de Teoria do Processo. Rosemiro Pereira Leal (coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 203-205.

FREDIE DIDIER JR.

b) A preclusão aqui defendida obviamente não se opera tendo em vista fato superveniente. Confom1e já se disse, é possível que, por fato superveniente, deixe de existir um requisito de admissibilidade do processo (exemplo: incompetência absoluta superveniente e perda da capacidade processual). Exatamente por tratar-se de fato superveniente, a anterior decisão que reconheceu a regularidade do processo não lhe diz respeito, impondo-se nova decisão, que terá outro objeto: a questão nova.39 Não se deve confundir a possibilidade de controle a qualquer tempo da regularidade do processo com a inexistência de preclusão a respeito. A confusão é parecida com aquela que se faz em relação à coisa julgada da sentença de alimentos: porque fatos supervenientes podem alterar a realidade sobre que incidiu a primeira sentença, nova decisão deve ser proferida, que cuide desta nova realidade. Isso não retira a força da coisa julgada material, que indiscutivelmente recaiu sobre a primeira decisão.

e) O art. 47 1 do CPC é peremptório ao prescrever que nenhum juiz decidirá de novo as questões já decididas - "precisamente por falar em nenhum juiz o texto dessa disposição abrange também o juiz da causa, manifestamente compreendido na general idade do advérbio".40 Esse artigo também se aplica às decisões interlocutórias.41 O art. 473 do CPC determina: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Nada bá em tais artigos que leve à conclusão de que as questões de admissibilidade, mesmo já decididas, podem ser rediscutidas.

d) Como bem apontou Calmoo de Passos, se as decisões interlocutórias são recorríveis (art. 522 do CPC), não se pode cogitar, no direito brasileiro, da possibilidade de reexame das questões já decididas.u Se há possibilidade de recurso, há possibilidade de preclusão, não somente para as partes, mas também para o juiz.3 A lição merece transcrição integral:

"Tendo havido "questão" a respeito deles [requisitos de admissibilidade do processo], decidida pelo juiz, há preclusão pro judicato, se não oferecido o recurso próprio - o agravo. A construir-se diversamente, estaríamos afastando a preclusão em relação às partes, beneficiando o omisso com a possibilidade de ter revisto, com sua provocação, o decisório que lhe foi desfavorável. Se assim devesse ser, ter-se-ia, para não incidir em erronia técnica, de construir a irrecorribilidade das interlocutórias, facultando-se ao magistrado rever livremente suas decisões a respeito, bem como eliminada a fase do julgamento

conforme o estado do processo. Julgamento sem preclusão é algo inadmissível, salvo abuso do legislador, só aceitável se não contornável hermeneuticamente".

39. Assim, TUCCI, Rogério Lauria. Doj11lgame11to conforme o estodo do processo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1 975, p. 163-164.

40. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "'Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169.

4 1 . ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Preclusão (Processo civil)", cit., p. 169-1 70.

42. Comentários ao Código de Processo Civil 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 500.

43. Por isso há quem defenda a irrecorribilidade das decisões interlocutórias relacionadas às questões de ordem pública: ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1 979, p. 155; JORGE, Flávio Cheim. A nova reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.

44. Come111ários ao Código de Processo Civil. 9 ed., cit., p. 504. O texto entre colchetes não consta do original.

Em sentido bem próximo, M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997. t. 5, p. 1 60.

PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

e) Por imposição do dever da motivação (art. 93, IX, CF/88), a decisão sobre a validade cio procedimento deve ser expressa: não se admite a preclusão cio exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita.45 A preclusão somente pode operar-se em relação às questões decididas, contra as quais ou não houve interposição de recurso, ou se o interpôs, tendo sido rejeitado.46 Assim, não há preclusão se o magistrado deixa, na decisão saneadora, ainda que indevidamente, para examinar as questões de

admissibilidade por ocasião da sentença.47

t) H á um dado curioso nesta discussão: não se nega a existência de preclusão em torno das questões de mérito já decididas (rejeição da alegação de prescrição, por exemplo), mas, em relação às questões de admissibil idade, permite-se a rediscussão a qualquer tempo. Dá-se a essas últimas um tratamento diferenciado, como se fossem as questões mais relevantes a ser resolvidas pelo Judiciário, que estaria autorizado, mesmo já se tendo manifestado a respeito, a voltar a discutir o tema e concluir pela inadmissibilidade do processo.

Parece haver uma intenção não-revelada de permitir sempre a possibilidade do não

-enfrentamento do mérito, como se isso fosse o desejável, como se isso fosse o mais importante. Bem pensadas as coisas, se o caso é de não existir preclusão, que o seja para as questões de mérito, pois assim se permitiria a revisão de decisões equivocadas/injustas. Em relação a elas, porém, há a coisa julgada, instituto secular, construído a partir da percepção de que a função jurisdicional deve ter limites. Se há limite para o reexame das questões de mérito (as questões de fundo, o objeto litigioso, o objeto cio procedimento, a razão de ser do processo), que deve realmente existir, pois corolário do princípio da segurança j urídica, como não o há em relação a questões processuais já decididas? Por que em relação a elas permite-se a instabilidade?

Não há razão para esse tratamento diferenciado. Ao contrário, a preclusão j ustifica

-se muito mais em relação às questões processuais. É que, solucionada a questão sobre a regularidade do processo, e ressalvados os fatos supervenientes, ao Poder Judiciário somente restaria o exame do mérito da causa. Isso é positivo, pois resolver o litígio é a tarefa principal da atividade j urisdicional.

45. TALAMrNI, Eduardo. "Saneamento do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 997, n. 86, p. 103; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5 ed. São Paulo, RT, 2004, p. 34.

46. Neste ponto, diverge-se de Cahnon de Passos, que admite a preclusão, para o juiz, do exame das questões implicitamente decididas na fase de saneamento (Co111e111ários ao Código de Processo Civil, 9 ed., cit., p.

500-501). O autor, porém, reconhece que nestes casos não há preclusão do exame da questão para o órgão de segundo grau (ob. cit., p. 504). Não se aceita a conclusão de Barbosa Moreira, de que haveria preclusão

"das questões não decididas - clescle que antes suscitadas ou simplesmente suscitáveis, ou apreciáveis de ofício -cuja solução cabia no despacho saneador ... " (O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.) Já que não houve decisão, não se pode falar de preclusão.

47. Neste sentido, corretamente, MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1 974, v. 2, p. 166-172; MALACHrNl, Edson Ribas. "Do julgamento conforme o estado do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1 977, n. 6, p. 107-108.

g) Esse posicionamento, tomado ao pé-da-letra, ainda gera situações absurdas.

Será, realmente, que, arguido o impedimento (falta de requisito processual, que autoriza inclusive ação rescisória), com decisão do tribunal a respeito, é possível o reexame da matéria, em outra opo1tunidade, por esse mesmo tribunal? Será que, após o processamento desse incidente, que suspende o andamento do processo e em que se permite a interposição de recursos, é possível ao litigante arguir a parcialidade do magistrado novamente, pelas mesmas razões, porque

não haveria preclusão? Formulam-se as mesmas perguntas, mutatis mutandis, em relação a qualquer outro "pressuposto processual", pois a falta de qualquer deles autoriza o ajuizamento de ação rescisória (incisos 11 e TV, especificamente, e o inciso V, genericamente, todos do art. 485 do CPC).

A circunstância de a questão de admissibilidade poder ensejar ação rescisória não é suficiente para que se impeça a preclusão da decisão judicial a seu respeito. É

que o fato de a questão ser decidida no processo originário não impede a propositura da ação rescisória; ou seja, o fundamento para que a questão não se submeta à preclusão é bem frágil: permite-se a discussão da questão de ordem pública a qualquer tempo, mas não se proíbe, a despeito disso, o ajuizamento da rescisória. A prévia discussão da questão no processo originário não é obstáculo ao ajuizamento da ação autônoma de impugnação.48

Enfim, adotar essa postura é comprometer totalmente a segurança jurídica, além de não se conferir o mínimo de respeitabilidade à decisão judicial sobre questões processuais.49

h) Há ainda o problema em torno das condições da ação. Distingui-las das questões de mérito é tarefa hercúlea, como já foi visto. Permitir a rediscussão sobre a existência de uma condição da ação é, muita vez, dar ensejo a nova decisão sobre questão de mérito já decidida.

i) Não se descarta a hipótese de que, em certos casos, não haja preclusão para o juiz.

É o caso da possibilidade de produção de provas, a qualquer tempo.

48. Há entendimento, inclusive, em sentido oposto. Segundo o n. 298 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, o prequestionamcnto (o prévio debate da questão) é pressuposto de cabimento da ação rescisória por expressa violação da lei: "A conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada". Também neste sentido, STJ, Primeira Seção, AR n. 1.196, rei. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 26.03.2003, DJ de 13.09.2004, p. 163. Em outro sentido, não reputando o prequestionarnento como pressuposto de cabimento da ação rescisória, STJ. 5' T., REsp n. 468.229/SC, rei. Min. Felix Fischer,j. 08.06.2004, DJ de 28.06.2004, p. 384.

49. ·'Com efeito, inominado absurdo configurnria, sem mais profunda indagação, o fato de, por exemplo, ter o juiz afirmado, quando do saneamento do processo, o interesse processual do autor e, t.odavia, voltar atrás, posteriormente, em virtude da solicitação do réu, ou mesmo ex officio, e à míngua de qualquer recurso, pronunciando-se outra vez sobre matéria já preclusa, imutável dada a formação de coisa julgada formal, e assim afrontando o disposto no an. 473 do Código". (TUCCI, Rogério Lauria. Do julgamento co11for111e o estado do processo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 1 63).

596

Perceba-se, porém, que essa flexibilidade está relacionada ao julgamento da causa: permite-se ao magistrado, com isso, aprimorar a qual idade do seu julgamento. A ausência de preclusão, aqui, justifica-se p lenamente, pois de acordo com a finalidade principal do processo, que é a correta decisão do mérito.

Não se deve, pois, utilizar a inexistência de preclusão em tais casos como fundamento para que não exista preclusão sobre a decisão que examina a admissibilidade do processo.

j) M uitos dos doutrinadores, que defendem a inexistência de preclusão sobre a regularidade do processo (juízo de admissibilidade positivo), seguem orientação diversa em relação ao juízo de admissibilidade negativo. Nesse caso, extinto o processo pela falta de um "pressuposto processual", a demanda somente poderia ser reproposta se o defeito fosse corrigido, ou seja, a primeira decisão haveria de ser respeitada, tendo, pois, eficácia preclusiva. A postura revela incoerência: ou a decisão sobre a admissibilidade tem eficácia preclusiva, ou não a tem; essa eficácia não pode ser secundum evenlwn litis. A eficácia preclusiva do juízo de admissibilidade negativo será objeto do próximo item, em que serão citadas as orientações doutrinárias a respeito.

CAPÍTULO XX

EXTINÇÃO DO PROCESSO

(ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

Sumário • 1 . Observação - 2 . Uma quesi,'\o 1em1inológica. A decisão parcial ("extinção imprópria do processo") - 3. Decisões que não examinam o mérito (art. 267 do CPC): 3.1. Consideração introdutória; 3.2.

Análise do art. 268 do CPC; 3.3. Indeferimento da petição inicial; 3.4. Abandono do processo pelas partes; 3.5. Abandono do processo pelo autor; 3.6. Falta de "pressupostos processuais"; 3. 7. Perempção, litispendência e coisa julgada; 3.8. Falta de condições da ação; 3.9. Convenção de arbitragem; 3.1 O. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda); 3 . 1 1 . Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido; 3. 12. Confusão; 3 . 1 3. Análise do §3° do arl. 267 do CPC - 4. Decisões que examinam o mérito (art. 269 do CPC): 4. 1 . Resolução ou julgamento de mérito?; 4.2. Julgamento do mérito: a procedência e a improcedência; 4.2.1 . Generalidades; 4.2.2. A decisão que não acolhe a afirmação de contradirei to como uma decisão de mérito; 4.3. Homologação da autocomposição das partes; 4.4. Decadência e prescrição.

1 . OBSERVAÇÃO

No capítulo anterior deste livro, foi afirmado que há sete possíveis manifestações do julgamento conforme o estado do processo. O exame de três delas ficou reservado para este capítulo que se inicia: a extinção do processo sem exame de mérito, a extinção do processo com exame de mérito e a decisão parcial (que tem conteúdo dos arts. 267 e 269

do CPC, mas não extingue o processo). É importante, porém, fazer um alerta: essas três espécies de decisão judicial podem acontecer em outro momento do procedimento, não necessariamente após as providências preliminares. O indeferimento ela petição inicial (art.

267, 1, CPC), por exemplo, ocorre em momento anterior à ouvida do réu (liminarmente).

Nada impede, da mesma forma, que as partes cheguem a um acordo após a audiência de instrução e julgamento, autorizando a extinção do processo com julgamento de mérito em razão da transação (art. 269, I l l , CPC).

Enfim, o julgamento conforme o estado do processo pode ser uma dessas decisões, mas nem sempre essas decisões serão tomadas nesse momento processual. Eis a razão de termos optado por reservar um capítulo específico para o exame dos arts. 267-269 do CPC, e não inclui-los em tópico do capítulo anterior.

2. UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA. A DECISÃO PA RCIAL ("EXTINÇÃO

I MPRÓPRIA DO PROCESSO")

Cuida o Código de Processo Civil, nos aitigos 267 e 269, das hipóteses de extinção do processo, sem e com j ulgamento do mérito, respectivamente. O legislador relaciona esses artigos à sentença, visto ser esse o ato que encerra o procedimento em primeira instância, conforme o texto do § 1 º do art. 1 62 . 1 A redação do Código induz o entendimento de que 1. "§ 1° Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei".

toda decisão judicial, que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos, será uma sentença. Não é bem assim, porém.

A nova redação do § l º do art. 1 62 do CPC, introduzida pela Lei Federal n.

1 l .232/2005, foi proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, como antes se dizia, tendo em vista que toda sentença de prestação, agora, dá ensejo a execução imediata, sem necessidade de um outro processo (de execução) para isso. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC,2 para retirar a menção que se fazia ao "encerramento da atividade jurisdicional" com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encen·a a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, agora na fase executiva.

Após essa alteração legislativa, é preciso compreender a sentença como o ato que encerra o procedimento na fase de conhecimento/execução e em primeira instância. O

encerramento do procedimento fundar-se-á ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC. O

conceito de sentença tem bastante relevância: é com base nele que se saberá qual o recurso cabível, pois, de acordo com o nosso código, da sentença cabe apelação (art. 5 1 3 do CPC) e da decisão interlocutória cabe agravo (art. 522 do CPC).

Mas a sentença nem sempre encerrará toda a fase de conhecimento/execução, quer porque pode haver recurso, a prolongar a vida da causa, quer porque, sendo demanda de competência originária de tribunal, o ato que porá fim ao processo será acórdão ou decisão de relator (decisão do relator que i ndefere a petição i n icial de uma ação rescisória), e não sentença, decisão proferida em juízo singular.

Obviamente, é possível designar toda e qualquer decisão judicial de "sentença", mas definitivamente não é esse o sentido do § 1° do art. 162 do CPC, que se refere a uma determinada modalidade de decisão judicial, com o claro objetivo de organizar o sistema recursai.

Do mesmo modo, nem toda decisiio que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts.

267 e 269 do CPC terá por efeito a extinção da fase de conhecimento. Alguns exemplos de decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o processo: a) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso 1 do art. 267); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); c) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, VI) etc.

São exemplos de decisão interlocutória, que podem, assim, ser impugnadas por agravo (art. 522 do CPC).

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267 e 269 não preveem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem estabelecem 2. " Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la".

600

matérias que sejam exclusivas de sentença,3 a despeito da redação do § 1 º do art. 1 62

do CPC.

Os arts. 267 e 269 identificam o conteúdo de certas decisões judiciais, determinando quando se considera que há e não há exame do mérito da causa, o que é importante, do ponto de vista prático, para que se saiba se a decisão pode

ou não pode ficar protegida pela coisa julgada. Somente as decisões de mérito ficam acobertadas pela coisa julgada. A nova redação do ait. 269 do CPC corrobora essa assertiva ("Há resolução de mérito ... "). A nova redação do art. 267 do CPC, com a troca do "julgamento de mérito" por "resolução de mérito", permanece, porém, com a referência à extinção do processo, o que, corno vimos, nem sempre acontece. Perdeu-se a chance de corrigir, também, a redação do caput do art.

267, que assim deve ser lido: "Não há exame de mérito".

Oportuna a advertência de Luiz Fux: "Para esse fim de categorização das decisões, importa menos o nomen juris à essência do que foi decidido. Assim é que, se o juiz, diante da fragilidade da prova, aplica as regras do art. 333 e incisos do CPC, e decreta a extinção do processo sem análise cio mérito, por 'carência de provas' esta sua qualificação não terá o condão de tornar tenninativa uma decisão que, à luz do sistema, é definitiva (a1t. 269 do CPC)".4

3. DECISÕES QUE NÃO EXAM1NAM O MÉRITO (ART. 267 DO CPC)

3.1. Consideração introdutória

Antes de decidir o mérito, o magistrado deverá verificar se estão presentes os chamados requisitos de admissibilidade do exame do mérito (condições da ação e pressupostos processuais). Trata-se de análise prelimi1rnr (e, pois, obrigatória) à análise do mérito.

Quando reconhece existente qualquer das causas constantes do rol do art. 267 do CPC, o juiz constata a impossibilidade de julgar/resolver o pedido do demandante. Profere, neste caso, decisões temlinativas ("sentenças processuais").

Não se compreende a frase, dita por muitos magistrados, quando aplicam o art. 267

do CPC: "Julgo extinto o processo, sem ju lgamento do mérito". Está errado. Seria mais correto dizer: "Extingo o processo, sem exame do mérito".

Não se pode, contudo, misturar as coisas. '·Constitui erro gravíssimo extinguir o processo com invocação simultânea de fundamento estranho ao mérito e de fundamento a ele pertinente. Reconhecendo e proclamando a existência de

motivo da 3. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas si1uações. em que o magistrado decide com base nos arts. 267

ou 269 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. "Dizemo-la imprópria porque a denominação não se ajusta ao conteúdo conceituai, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a ideia de encerramento, término, ponto final. E, no caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita - ou, mais simplesmente, extinção imprópria". ("Extinção ·imprópria' do processo e recurso cabível". Ensaios de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.) 4. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 200 I, p. 398.

primeira espécie, abster-se-á o juiz de externar qualquer opinião acerca do meritum causae ".5

A extinção do processo sem o julgamento do mérito não obsta, como regra, a que o autor intente de novo a demanda, desde que seja possível sanar a falha que ensejou o juízo de inadmissibilidade e que se comprove o pagamento das custas

processuais e dos honorários de advogado (art. 268 do CPC). A decisão não fica imutável pela coisa julgada material, porquanto não tenha examinado o mérito da causa. São as hipóteses que configuram as chamadas sentenças terminativas ou sentenças processuais.

Assim como a doutrina enumera os fatos jurídicos aptos a extinguir situações jurídicas (fatos extintivos), é possível sistematizar as hipóteses de extinção do processo sem exame do mérito em quatro tipos: a) extinção por inadmissibilidade: trata-se de extinção sem resolução de mérito decorrente da aplicação da sanção de invalidade do procedimento (incisos I, TV, V, VI, VII do art. 267 do CPC); b) extinção por morte: se o autor morrer e o direito for intransmissível (art. 267. lX); e) extinção por desistência (revogação): que decorre de manifestação de vontade do demandante, verdadeiro negócio jurídico processual unilateral (arts. 267, Vl l l); d) extinção por abandono: que decorre de um ato-fato processual, que é o abandono da causa (art. 267, l l e I l l). Essa classificação tem enorme relevância prática, principalmente por conta de interpretação que se faz do art. 268 do CPC, logo abaixo examinado.

É preciso lembrar, mais uma vez, que o magistrado tem o dever de examinar o mérito da causa, só não o fazendo quando houver obstáculo intransponível. Vimos, nos capítulos sobre as invalidades processuais e os pressupostos processuais, que, mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o magistrado ignorá-lo, não havendo prej uízo, para avançar e resolver o mérito da causa. Trata-se de lição que não deve ser esquecida. A solução de mérito é o objetivo do processo, a sua própria razão de ser.

3.2. AnáLise do art. 268 do CPC

D iz-se, com bastante frequência, que as sentenças terminativas, por não versarem sobre o mérito da causa, não impedem a renovação da demanda (art. 268 do CPC).6

Compreenda-se por renovação da demanda, para evitar desentendimentos, a sua repropositura nos mesmos termos em que apresentada primeiramente.

O legislador excepciona expressamente, no entanto, a sentença fundada no inciso V do art. 267, que versa sobre os "pressupostos processuais" objetivos extrínsecos (perempção, litispendência e coisa j ulgada): neste caso, há vedação expressa de repetição da 5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da

'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". Temas de direito processual - q11i111a série. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 94.

6. Art. 268 do CPC: "Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial. todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósi10

das custas e dos honorários de advogado".



causa. A proibição estende-se também à extinção do processo em razão da existência de convenção de arbitragem (inciso VII), pressuposto negativo, pela total identidade de ratio, que autoriza a analogia. Cumpre lembrar, por fim, que se a causa da extinção do processo desaparecer (por exemplo: o processo que estava pendente, e que autorizou a extinção por l itispendência, foi extinto sem exame do mérito), desaparece consequentemente o óbice à repropositura da demanda. O dispositivo deve ser interpretado como que se impusesse à decisão judicial uma cláusula rebus sic stantibus. 7

Frise-se: veda-se a renovação da demanda, cujo procedimento a que dera causa fora extinto em razão de um juízo de admissibilidade negativo. Uma decisão de cunho eminentemente processual, em que se reconhecem presentes fatos que autorizam a nulificação do procedimento instaurado, sem apreciação do mérito, torna-se indiscutível não só no mesmo processo em que proferida, mas também em qualquer outro.

A doutrina e a jurisprudência vislumbraram, porém, no próprio art. 267 do CPC (que cuida da extinção do processo sem exame do mérito), outras hipóteses, além daquelas previstas expressamente, em que não será permitida a renovação da demanda. Há uma tendência de interpretação extensiva do art. 268 do CPC.

Não se admitirá a reproposit:ura por impossibilidade material, nas h ipóteses de sentença fundada no inciso IX do art 267, tendo em vista o falecimento do autor e a intransmis

.

sibilidade do direito pleiteado.8 Do mesmo modo, não se admite a renovação da causa quando a sentença se tiver baseado no inciso X do mesmo artigo, que cuida da hipótese de extinção em razão da confusão, que é causa de extinção da própria relação j urídica obrigacional discutida (art. 3 8 1 do CC-2002).

Cabe o exame isolado dos outros casos de extinção do processo por inadmissibilidade: incisos IV e VI do art. 267.

No caso de extinção do processo por falta de "pressuposto processual" (inciso IV), o autor somente poderá postular em juízo novamente se comprovar o suprimento do

"pressuposto" faltante. Por exemplo: se a extinção se deu por falta de vênia conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração ad judicia), a renovação da causa somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação juclicial.9 Esse mesmo entendimento aplica-se aos casos de extinção por indeferimento da petição inicial: a demanda somente pode ser renovada se o defeito for suprido.

7. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", ciL, p. 376.

8. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil ano1ado. 7 ed. Silo Paulo: Saraiva, 2003, p.

209, para quem o capiil do art. 268, primeira parte, deve ser interpretado com ressalvas, já que há outros casos em que se veda a renovação da demanda.

9. Humberto Theodoro Jr., em parecer anexado ao Resp n. 160.850-SP.



F1<EDIE DIDIER JR.

O Superior Tribunal de Justiça também considerou inadmissível a repropositura de demanda que não fora apreciada por carência de ação (ilegitimidade ad causam), não obstante tratar-se de sentença terminativa, em que se profere um j uízo de inadmissibilidade, sem que se corrigisse o defeito."1-11

No entanto, parece indiscutível que decisões terminativas fundadas em abandono

(de ambas as partes ou só do autor, incisos 11 e TTI) e desistência (inciso VIII) não implicam qualquer vedação à repropositura.

Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem status semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibil idade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito.12•13

Qual a razão dogmática para o tratamento diferente das hipóteses de extinção sem exame do mérito? A chave para a compreensão do problema está na percepção de que as causas de extinção do processo sem exame do mérito são de natureza distinta. Conforme foi dito anteriormente, nem toda extinção do processo sem julgamento do mérito decorre de um juízo de admissibilidade negativo, assim como os negócios jurídicos não se extinguem apenas pela invalidação. A doutrina parece ignorar este fato.

Examinado o painel doutrinário e jurisprudencial apresentado, percebe-se que é permitida a renovação da causa, nos mesmos moldes em que anteriormente formulada, somente nos casos de extinção por vontade das partes (real ou presumida; desistência e abandono, respectivamente). Nessas situações, o magistrado não profere juízo sobre o 1 O. Corte Especial, Embargos de Divergência em R.Esp n. 1 60.850/SP, rei. p/ acórdão Sãlvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.02.2003, DJ de 29.09.2003. Neste acórdão, consta citação de obra de Enrico Tullio Liebman, célebre defensor da concepção de que as condições da ação estão fora do mérito, em que o autor defende a impossibilidade de reproposirura de ação, cujo processo houvera sido extinto por carência de ação, sem que se alterem as circunstãncias de fato da primeira demanda (Manuale di dirillo processuale civile. 4 ed. M ilano: GiufTre, 1 980, v. 1 , p. 1 56). Ainda assim, STJ, 4' T., R.Esp n. 103.584-SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5.6.2001 , DJU 1 3.08.2001 , p. 159; STJ 4". T., R.Esp n. 1 9 1 .934-SP, rei. Min. Barros Monteiro,j.

2 1 .09.2000, DJU 04. 1 2.2000, p. 72; STJ, 3". T., R.Esp n. 45.935-SP, rei. Min. Nilson Naves, j . 04. 1 0 . 1994, DJ 3 1 . 1 0 . 1 994, p. 29495. Na doutrina, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extrnvagame. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 268; SANTOS, elton dos. Código de Processo Civil lmerpretado. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p.779; MOURÃO. Luiz Eduardo Ribeiro. "Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repropositura

da demanda". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 17, p. 49-58.

1 1 . Convém advertir que, se for corrigida a legitimidade ad causam, não se !ratará de uma repropositura da demanda, mas, sim, da propositura de demanda diversa. (FABR.ÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p 392.) Aliás, como está claro no voto-vista proferido pelo Min. César As for Rocha, no R.Esp 1 03.584-SP.

12. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11çào aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 200 1 , p. SO i ; YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 1 63 - 1 64. Também nessa linha, TFR, 2" Seçilo, A R n. 1 .501/RJ, rei. Min. Eduardo Ribeiro. Em sentido contrnrio, não admitindo a rescisória nessa situaço, acórdão do STF, AR n. 1 .056-6/GO, rei. Min. Octávio Galloni, publicado no DJU 25.05.2001 e na Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 1 04, p. 263-272.

1 3 . M IR.A DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 998, t. 6, p. 174.

mérito nem afirma inadmissível o procedimento: extingue o processo pela revogação da demanda. Para que o autor volte a juízo, basta que pague as despesas do processo anteriormente extinto (caput, segunda parte, do art. 268 do CPC).

As hipóteses de extinção por falecimento do autor e por confusão não se referem ao juízo de inadmissibilidade, mas ambas, por razões diferentes, não permitem a repropositura: impossibilidade material, no primeiro caso; análise do mérito, no

segundo (o inciso X, conforme será visto, está no lugar errado do CPC).

Sobram as hipóteses de extinção por inadmissibilidade previstas no art. 267 do CPC: a) indeferimento da petição inicial, j uízo de inadmissibilidade liminar (I); b) falta de pressupostos processuais (fY); c) carência de ação (VI); d) existência de pressupostos negativos (V e VII). Todas elas levam a uma decisão terminativa, que, uma vez transitada em j ulgado, impede a renovação da demanda sem que se tenham consertado os defeitos identificados. O legislador previu isso expressamente no art. 268; a j urisprudência ampliou a vedação para as demais hipóteses. E a razão disso é bem clara: o juízo de inadmissibilidade consiste na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte "escapar" à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados.

O juízo de admissibilidade é decisão, tanto quanto o juízo de mérito: possuem, certamente, objeto distinto, mas isso não autoriza a conclusão ele que aquele merece tratamento menos rigoroso. O magistrado faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido - obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada; mas pode haver preclusão quanto à admissibil idade do processo, que foi apreciada. Não há resolução ele mérito, mas há resolução sobre o processo; há decisão, que estabelece um preceito, que precisa ser respeitado. É certo, então, que não se pode retirar do juízo de inadmissibilidade do processo a aptidão de impedir a renovação da demanda, chame-se ou não essa vedação de coisa julgada.

Urge, assim, a reforma legislativa do art. 268 do CPC, para que nele se incluam todas as hipóteses em que a extinção do processo sem j ulgamento do mérito impede a repropositura da demanda: a) morte; b) inadmissibilidade. É também necessário o esclarecimento sobre a rescindibilidade de tais decisões, de modo a solucionar a divergência que se vê nos tribunais superiores em derredor do tema.

Finalmente, impõe-se ao escrivão ou chefe de secretaria, acaso o réu ainda não tenha sido citado, o dever de comunicar-lhe do trânsito cm julgado dessas decisões, de modo que, no futuro, possa opor esta exceção processual se o autor renovar a demanda.

FltEDIE DIDIER JR.

Aplica-se aqui por analogia o disposto no art. 2 1 9, § 6º, CPC,14 que cuida da hipótese de indeferimento liminar pelo reconhecimento da prescrição e decadência, que por ser decisão de mérito está apta a ficar imune pela coisa julgada, impedindo, assim, a renovação da demanda.

Muito interessante e coerente é o pensamento de Luiz EDUARDO MOURÃO

que distingue preclusão e coisa julgada formal de maneira bastante original. Para o autor, coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo), que se refere às decisões cujo conteúdo é processual (art. 267 do CPC), em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito (art. 269 do CPC), distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). Adisti1Jção entre coisajulgadaformal e 111arerial teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra toma indiscutível (o que dã coerência à adjeti\'ação do instituto: formal é a coisa j ulgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito)15•

Esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art.

268 do CPC, em que se veda a repropositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução de mérito. Para o mencionado autor, o caso é de coisa julgada formal, e não de mera preclusão, pois projeta efeitos para fora do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer outro. Esse pensamento também explicaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão terminativa, nos casos subsumidos ao art. 268 do CPC, que estão examinados no v. 3 deste Curso16•

Esta lição, ainda, confirma o que se disse acima: hã sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem sratus semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC).

Trata-se de lição que, por sua coerência e utilidade, merece ser difundida.

3.3. I ndeferimento da petição inicial

O indeferimento da petição inicial aparece como primeira causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, l , do CPC). E de fato essa é a regra. Conforme já foi visto por ocasião do esn1do da petição inicial, é também possível a extinção do processo, com análise do mérito, em razão do indeferimento da inicial (improcedência prima facie), nas hipóteses de reconhecimento da decadência legal, prescrição e no j ulgamento das causas repetitivas (art. 285-A).

14. ;'§ 6° Passada em julgado a sentença. a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento".

15. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas).

Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-1 08.

16. SOUZA, Bernardo Pimentel. /111rod11ção aos recursos cíveis e à ação rescisória. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 200 1 , p. 501; YARSHELL. Flávio Luiz. Ação rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p.

163-164. Também nessa linha, TFR. 2a. Seção, AR n. 1 .501/RJ, rei. Min. Eduardo Ribeiro. Em sen1ido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão do STF, AR n. 1.056-6/GO, rei. Min. Octávio Gallolti, publicado no DJU 25.05.2001 e na Revista de Processo. São Paulo, RT, n. 104, p. 263-272.

EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

Sobre o indeferimento da petição inicial, remetemos o leitor ao capítulo sobre petição inicial, sem deixar de relembrar uma circunstância muitíssimo importante: essa modalidade de extinção do processo é liminar, sem a citação do réu.

3.4. Abandono do processo pelas partes

O inciso I I do art. 267 do CPC trata da hipótese em que o processo se extingue

em razão da sua paralisação, por mais de um ano, por inércia das partes. O fato gerador da extinção, como bem aponta Adroaldo Furtado Fabrício, é a simples paralisação do processo por esse lapso temporal : "não há propriamente necessidade de algum ato de impulsão atribuído às partes, bastando o fato simples da imobilidade para gerar a presunção de desinteresse pelo prosseguimento".17

Não se deve indagar sobre qualquer elemento subjetivo nesta conduta omissiva.18

Antes de extinguir o processo, deve o magistrado, sob pena de nulidade da sentença, providenciar a intimação pessoal das partes, para que, em 48h, demonstrem o interesse no prosseguimento do processo (art. 267, § 1°, do CPC). Esta providência justifica-se como uma forma de alerta às partes sobre eventual negligência dos seus advogados.

As partes arcarão, proporcionalmente, com as custas processuais, cada uma pagando os honorá1ios do seu advogado (art. 267, § 2º, do CPC).

É possível a extinção do processo, nesses casos, independentemente de provocação das partes.

3.5. Abandono do processo pelo autor

Pode o magistrado determinar a extinção do processo sem análise de mérito, quando o autor, por não promover os atos ou dil igências que lhe cabem, abandonar a causa por mais de 30 dias. À semelhança do que ocorre na situação em que ambas as partes abandonam a causa, deve o magistrado, antes de extinguir o processo, e sob pena de nulidade da sentença, determinar a intimação pessoal do autor para que, em 48h, diligencie o cumprimento da providência que lhe cabe (ait. 267, § 1 º, CPC). O autor será condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, esses apenas se o réu já houver sido citado (art. 267, § 2°).

Trata-se de hipótese de extinção do processo sem exame do mérito por motivo não relacionado à admissibilidade do procedimento. Assim como outras relações jurídicas (por exemplo, a relação jurídica real de propriedade, art. 1 .275, 1 1 1, CC-2002), o processo 17. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direi/o processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372.

18. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direi/o processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comenlários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 995, v. 2, p. 379.

607



Fn.ED1E Dm1ER JR.

também pode ser extinto por abandono. Não é caso, pois, de extinção em decorrência de invalidação do procedimento.

Diversamente do que ocorre com o abandono das partes, nessa situação há de ser investigado um elemento subjetivo - as razões da inércia devem ser examinadas, notadamente, em razão da grave consequência que pode advir da extinção do processo com base no inciso III do art. 267: a perempção (art. 268, par. ún., do CPC).19

Não pode o magistrado extinguir ex officio o processo em razão do abandono do autor, se o réu já estiver no processo (se não estiver no processo, é inconcebível exigir o consentimento do réu).2º Em caso de inércia do demandante, deve o magistrado esperar o pedido do réu. A conclusão de Adroaldo Furtado Fabrício é muito interessante: a admitir-se a extinção sem a provocação do réu, o abandono da causa poderia ser utilizado como forma tácita e indireta de desistência do processo, cujos efeitos se produziriam sem dar-se ao réu qualquer possibilidade de manifestar eventual interesse no julgamento do mérito (§4° do art. 267, CPC).21 O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido, como se percebe do verbete 240 da súmula da sua j urisprudência predominante: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".22

O abandono assemelha-se muito à desistência. A diferença é basicamente a forma: o abandono é tácito e a desistência, expressa.

O processo somente deve ser extmto se o ato, cujo cumprimento cabe ao autor, for indispensável para o julgamento da causa; se a sua omissão inviabilizar a análise do mérito.

Assim não se deve extinguir o processo se o autor não depositar os honorários periciais, por exemplo: a consequência desta inércia seria, no máximo, a não-realização da perícia.23

Não se pode falar de abandono do autor em inventário, falência ou insolvência civi l.

Nesses casos, a desídia do representante judicial (inventariante ou síndico) tem por consequência a sua destituição, com a nomeação de um substituto.24

1 9. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Ex1inção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direito processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 372.

20. MOR.EIRA, José Carlos Barbosa. '·Aspectos da ·extinção do processo' conforme o art. 329 CPC". Temas de direito processual - quinta série. São Paulo: Saraiva, t 994, p. 9l.

2 1 . FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 373. Em sentido contrário, MO IZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 3 8 1 ; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos ela 'extinção do processo' confonnc o art. 329 CPC". Temas de direito process11al- q11i11ta série. São Paulo: Saraiva, 1 994, p. 9 1 -92.

22. "Com base no art. 267, Ili, do CPC, descabe ao juiz. de oficio, decretar a extinção do processo. sendo imprescindível a postulaçiio da parte." (Ac. un. da 5' Turma do STJ, 03.09.96. rei. Min. José Arnaldo).

23. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Co111entârios ao Cádigo de Processo Civil. 8 cd. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 3 8 1 . Em senLido contrário, sem examinar o tema, STJ, REsp 549.295-AL, Rei. Min.

Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 1 4.6.2

24. ARAÚJO. Mauro Alves de. Extinção do processo e sa11ea111e11to. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 63.

608

EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

3.6. Falta de "pressupostos processuais"

Afirma o inciso IV do art. 267 do CPC que o processo haverá de ser extinto, sem

exame do mérito, quando faltar pressupostos de sua constituição ou de seu desenvolvimento válido.25

Quando examinamos os "pressupostos processuais", vimos que apenas em relação à falta de alguns "pressupostos processuais" seria possível falar em extinção do processo.

Extingue-se o processo, por exemplo, se verificada a incapacidade processual.

É dificil, na prática, a falta de um pressuposto processual implicar, ipso facto, a extin

ção do processo. Normalmente, é sanável essa falta, por estar relacionada a um vício de forma, como ocorre com a possibilidade de emenda da petição iillcial (art. 284 do CPC) e de correção da capacidade processual (art. 1 3 do CPC). A incompetência, da mesma forma, não implica a extinção do processo, mas remessa dos autos ao juízo competente (a1t. 1 1 3,

§ 2º, e art. 3 1 1 , ambos do CPC; exceção à regra é o inciso llI do art. 5 1 da Lei n. 9.099/95).

A falta de capacidade processual do réu (não sanada) não implica extinção do processo, mas, ao revés, o seu prosseguimento, como se o réu fosse revel (ait. 1 3, II, do CPC); a mesma consequência ocorrerá se Lhe faltar capacidade postulatória (art. 265, § 2º, CPC).

Se a incapacidade processual é do terceiro, a consequência é a sua exclusão do processo, que permanece vivo (art. 1 3 , III, do CPC). A suspeição e o impedimento não geram a extinção do processo, mas a remessa dos autos ao juiz substituto legal (a1t. 3 1 4 do CPC).

Remetemos o leitor ao que dissemos no capítulo sobre pressupostos processuais.

3.7. Perempção, litispendência e coisa julgada

No inciso V cio art. 267 do CPC, o legislador cuidou de isolar alguns requisitos processuais negativos, retirando-os da regra geral prevista no inciso IV do mesmo artigo.

Este isolamento deve-se, basicamente, a três fatores: a) havia uma certa

controvérsia doutrinária sobre a natureza de tais figuras, se "pressupostos processuais" ou condições da ação, evitando o legislador tomar posição definitiva na controvérsia;26 b) são requisitos processuais cuja falta inexoravelmente levará ao juízo de inadmissibilidade do processo; c) recebem um tratamento diferenciado do legislador, pois compõem hipótese em que a extinção do processo sem exame do mérito impede a repropositura da demanda (art. 268

do CPC).

A redação cio inciso não é das melhores, pois dá a entender que a verificação de tais fatos somente poderia dar-se com a "alegação" de uma parte, o que não pode ser aceito, 25. O texto legal parece aderir à distinção doutrini1ria entre pressupostos de existência e pressupostos de validade.

26. Sobre a discussão, com amplas referências, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 85.

notadarnente à luz do que dispõe o § 3º do aii. 267, que expressamente autoriza o reconhecimento ex officio da existência de um desses impedimentos.

Uma outra observação importante é que estes fenômenos podem oconer em relação a apenas parcela da demanda (litispendência parcial), nos casos de processo cumulativo, quando não haverá extinção do processo, mas somente o juízo de inadmissibilidade da parcela em que se verificou a perempção, litispendência ou coisa julgada, com o prosseguimento da causa para o j

ulgamento da outra parcela.

Dá-se a perempção quando o autor der causa por três vezes à extinção cio processo por abandono, e somente nesta hipótese (ait. 267, UI, c/c o art. 268, parágrafo único, todos do CPC). Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da perempção. O que perime, porém, não é o direito abstrato de ação, muito menos o direito material pleiteado. Perde o autor o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via da reconvenção. A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como exceção substancial (compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado.

A perempção é uma sanção que se aplica à prática de um ato i lícito, consistente em um abuso do direito de demandar. Trata-se de ato ilícito (o abuso de direito é um ato ilícito) que tem por sanção a perda de um direito. O abandono da causa por três vezes é, pois, um ilícito caducificante.

Cumpre lembrar, ainda, que é possível cogitar de litispendência/coisa j ulgada mesmo sem a existência da chamada tríplice identidade (art. 3 0 1 , § 2°, do CPC). No âmbito das causas coletivas, a verificação da litispendência e da coisa julgada prescinde da identidade de partes (basta a identidade de pedido e da causa de pedir).27 Nas causas coletivas, há inúmeros colegitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo interesse, do mesmo direito, cuja titulai·idade pertence a um único sujeito de direitos (a coletividade). Logo, o que importa pai·a a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida ("o agrupamento humano").

Por outro lado, no plano das causas individuais, despicienda é a identidade de paites nos casos de colegitimação ativa - ou seja, litisconsórcio unitário facultativo ou legitima

ção concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária, conforme visto no capítulo sobre o assunto - para configuração de tais fenômenos,28 pelas mesmas razões apontadas acima no estudo da litispendência em ação coletiva.

27. ZAt'lETI JR., Hermes. Mandado de segurança coletivo - aspectos

processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 200 1 , p. 150; GIDI, Antonio. Coiso julgado e litispendéncia em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Coisa julgada: extensão subjetiva. Lilispendência. Ação de nulidade de patente". ln: Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1 9 7 1 , p. 273-294.

EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

3.8. Falta de condições da ação

As condições da ação já foram examinadas no capítulo sobre a admissibilidade da causa. Convém relembrar, apenas, a intensa polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica da sentença de carência de ação, para uns, decisão tem1inativa, para outros, decisão que examinou o mérito, apta a ficar imune com a coisa julgada material.

3.9. Convenção de arbitragem

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional. A não-existência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento. É por isso que, constatado esse fato, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 267, VII, CPC).

A convenção de arbitragem, como se sabe, é gênero de cláusula contratual que tem duas espécies: a cláusula compromissária, em que os contratantes decidem que qualquer conflito futuro em torno do negócio deverá ser resolvido por árbitro, e o compromisso arbitral, pelo qual os contratantes decidem que determinado conflito já existente deve ser resolvido no juízo arbitral.

Costuma-se dizer que a verificação dos "pressupostos processuais" pode ser feita a qualquer tempo pelo órgão jmisdicional (art. 267, § 3°, CPC, ele a1t. 30 1 , § 4°, CPC).

Em relação à convenção de arbitragem, porém, há uma controvérsia em razão da reda

ção do § 4º do art. 30 1 . A leitura desse dispositivo pode levar à conclusão de que o órgão jurisdicional não pode conhecer de oficio a existência de compromisso arbitral; somente poderia fazê-lo em relação à cláusula compromissária. Eis o texto: "§ 4° Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo".

Parece que, realmente, o legislador pretendeu distinguir o regime processual de análise das espécies de convenção de arbitragem, dando mais prestígio à cláusula compromissária, ao permitir o conhecimento de ofício de sua existência pelo

magistrado. A Lei n.

9.307/1 996, que redefiniu a arbitragem no direito brasileiro, procedeu à correção da terminologia de diversos artigos do CPC, substituindo a designação "compromisso arbitrnl", mais específica, por "convenção de arbitragem", mais genérica. Não o fez, porém, no §

4º do art. 30 l , que se refere apenas ao compromisso arbitral.29

Assim, para que o órgão jurisdicional extinga o processo em razão da existência de compromisso arbitral, é preciso que haja provocação da parte interessada; para que extinga em razão da existência de cláusula com promissória, não é necessário o requerimento da parte.

Sucede que a questão não pode ser resolvida de maneira tão simples.

29. Sobre a discussão, amplamente. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da se111e11ça. 4•

cd. São Paulo: RT, 1 998, p. 63-68; CARMONA, Carlos Alberto. Arbi1ragem e processo. 2. cd. São Paulo: Atlas, 2004, p. 387.

FREDIE DIDIER JR.

Se é certo que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico que somente pode ser celebrado por pessoas capazes, para a solução de conflito em tomo de direitos disponíveis, é certo também que essas mesmas partes podem fazer um outro negócio que extinga o primeiro, por mútuo consenso. Nada impede que as partes, portanto, façam uma outra convenção, com o objetivo de extinguir a convenção anterior. A autonomia privada, que é a fonte do poder normativo que gera a convenção de arbitragem, tem aptidão para também extingui-la.

Para resolver a questão, partimos da premissa de que existem defeitos processuais que geram inval idação do procedimento ex officio, mas não a qualquer tempo (con forme visto no capítulo sobre invalidades processuais), que existem ao lado dos defeitos que somente geram inval idação por provocação da pa1ie e dos defeitos que geram invalidação ex ojjicio, a qualquer tempo, enquanto o processo estiver pendente.

Assim, o silêncio do demandado quanto à existência da convenção de arbitragem deve ser compreendido como aceitação da proposta tácita feita pelo autor de "distrato"

da convenção de arbitragem anteriormente celebrada. Se se está diante de uma discussão em torno de direitos disponíveis, o que é o caso, essa é a única solução possível à luz do direito fundamental ao auto-regramento da vontade, manifestação do direito à liberdade.

Essa aceitação também pode revelar-se quando o réu, não obstante alegue a existência da convenção de arbitragem (art. 3 0 1 . lX, CPC), apresente uma reconvenção, em que se discutam questões que também deveriam ser resolvidas por árbitro. Há, aí, comportamento conh·aditório do réu, conduta ilícita à luz da boa-fé objetiva, que deve orientar o comportamento das partes.

Diante do silêncio do demandando, o órgão jurisdicional não poderá mais extinguir o procedimento em razão da convenção de arbitragem, qualquer que seja a sua espécie.

Antes de ouvir o réu, porém. o magistrado pode extinguir o processo, sem exame do mérito, se constatar a existência de cl á11sula com promissória, aplicando o § 4° do art. 30 l , CPC. A extinção em razão da existência de compromisso arbitral somente pode ocorrer se houver requerimento do réu. Se o réu apresentar resposta e omitir-se em relação à existência da convenção de arbitragem, o processo não poderá mais extinguir-se por esse motivo, devendo ser compreendido esse silêncio como aceitação tácita da proposta de

"revogação bilateral" da convenção de arbitragem.

3.10. Desistência do prosseguimento do processo (revogação da demanda) A desistência do prosseguimento do processo é um ato unilateral do demandante, a princípio sem necessidade do consentimento do réu, pelo qual ele abdica expressamente da sua posição processual (autor), adquirida após o ajuizamento

da causa.30

30. TUCCI. José Rogério Cruz e. Desistência da ação. ão Paulo: Saraiva, 1988. p. 5.

ExnNÇÃO DO PROCESSO (Arns. 267, 268 E 269 DO CPC)

Tecnicamente, não se trata de desistência da ação, como afuma o inciso VII l do

art.

267; é, sim, desistência do prosseguimento do processo.31

Admite-se a desistência parcial, hipótese em que não haverá extinção do processo, pois a parcela não desistida deve prosseguir para ulterior julgamento. Se houver litisconsórcio passivo necessário, não pode o autor desistir do prosseguimento do processo apenas em relação a um dos co-réus. Nada impede, contudo, que, no litisconsórcio facultativo ativo, apenas um dos autores desista; no caso do litiscoosórcio facultativo passivo, é possível que apenas em relação a um dos réus-litiscoosortes haja a desistência.

Não se confunde a desistência com o abandono ele que trata o inciso I l i do mesmo art. 267, que é conduta tácita, ao contrário da desistência, que é expressa.

Não se admite a desistência após a prolação da sentença. Pode o autor, se ganhou a causa, renunciar ao direito de executar ou desistir da execução eventualmente já ajuizada; ou, se perdeu, renunciar ao direito de recorrer ou desistir do recurso que já interpôs;32 mas desistir da causa que já foi julgada, não, pois não há mais do que desistiT, uma vez que a prestação jurisdicional almejada já foi entregue.33

Convém, assim, distinguir a desistência do processo e a desistência do recurso. A desistência do processo extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, V l l l, do CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com ou sem ju lgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo: caso de uma desistência de um agravo de instrumento. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 1 58, parágrafo único, do CPC), dispensada na desistência do recurso (art. 501 do CPC). A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, § 4°, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC). O advogado tem de ter poder especial para revogar a demanda; no caso ela desistência do recurso, também se exige poder especial, mas somente quando implicar a extinção do processo; esse poder especial será ele disposição de direito material (renúncia ou reconhecimento), quando houver extinção cio processo com análise do mérito.

Estão incorretas as expressões "pedir desistência" e "pedido de desistência". Não

se pede a desistência; desiste-se. O que o desistente requer é a homologação da desistência, tendo em vista que esta somente produz efeitos após a chancela judicial (art. 1 58, parágrafo único, do CPC).

3 1 . FABR.ÍC!O, Adroaldo furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direito processuol.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 394.

32. Neste sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 55. O autor cita o acórdão da 2' T. do STJ no Resp 89.474/SP, j. 08.09.1 998, D.I de 24.05. 1999, p. 1 1 8.

33. O STF não admitiu a desistência de recurso extraordinário, após a ter sido prolatada decisão, mesmo que ainda não publicada (AgReg no R E 2 12.67 1-3, I' T., rei. Min. Carlos Brito,j. 02.09.2003, DJU de 1 7. J 0.2003, p. 20).

fREDIE DIDIER JR.

Se já houve oferecimento de defesa, a homologação da desistência exige o consentimento do demandado - ainda que tenha sido apresentada a contestação por curador especial (art. 9º, l i, do CPC). É o oferecimento da defesa,34 mesmo antes do vencimento do prazo, o parâmetro para saber se há ou não necessidade de prévio consentimento, e não o simples escoamento do prazo de resposta do réu, como indica o § 4° do art. 267

do CPC. Às vezes, porém, a primeira manifestação do réu no processo é a

interposição de um recurso - agravo de instrumento - contra eventual decisão liminar que lhe seja desfavorável. Neste caso, mesmo que ainda não tenha havido a apresentação da resposta, a homologação da desistência do processo exige a vênia do réu. Se houve o escoamento do prazo de defesa sem qualquer resposta (revelia), não há necessidade de consentimento do demandado.35

No entanto, mesmo se houver resposta do réu, é possível cogitar de hipótese em que a anuência é despicienda. Imagine-se a situação em que o próprio réu, em sua defesa, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito.36 Neste caso, não teria como o réu rejeitar a desistência apresentada, por absoluta falta de interesse - para contestar é necessário ter interesse, afirma o art. 3° do CPC. É que a desistência do demandante lhe proporciona o exato resultado almejado: a extinção do processo sem exame do pedido. A recusa do consentimento não pode ser fruto de mero capricho do réu.37•38

Desistência do processo é ato distinto da renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda. Ambos são atos processuais dispositivos, que exigem do advogado poder especial para agir (art. 38), mas a desistência não se refere ao direito demandado, mas apenas ao prosseguimento do processo (daí implicar decisão terminativa); a renúncia, ao contrário, diz respeito ao próprio direito em que se pauta a demanda -gera, pois, extinção do processo com ju lgamento do mérito.

34. "Seria inaceitável que, após sofrer os ônus de ter de se defender da ação proposta, a desistência ainda independesse de sua concordância. Chamado a juízo, o réu tem o direito ao julgamento da lide, posição esta que coincide com o interesse do próprio Estado, ao qual não convém que os processos se encerrem sem solucionar o mérito, com a possibilidade de se reiniciarem a seguir, atravancando os juízos inu1ilmen1e, apenas para satisfazer um capricho do autor". (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 995, v. 21, p. 404).

35. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comemários ao Código de Processo Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 995. v. 2, p. 404. No mesmo sentido, CUNllA, Leonardo José Carneiro. "Anotações sobre a desistência da ação". Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 5 1 .

Contra, RODRJGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 2 ed. São Paulo: RT, 2003,

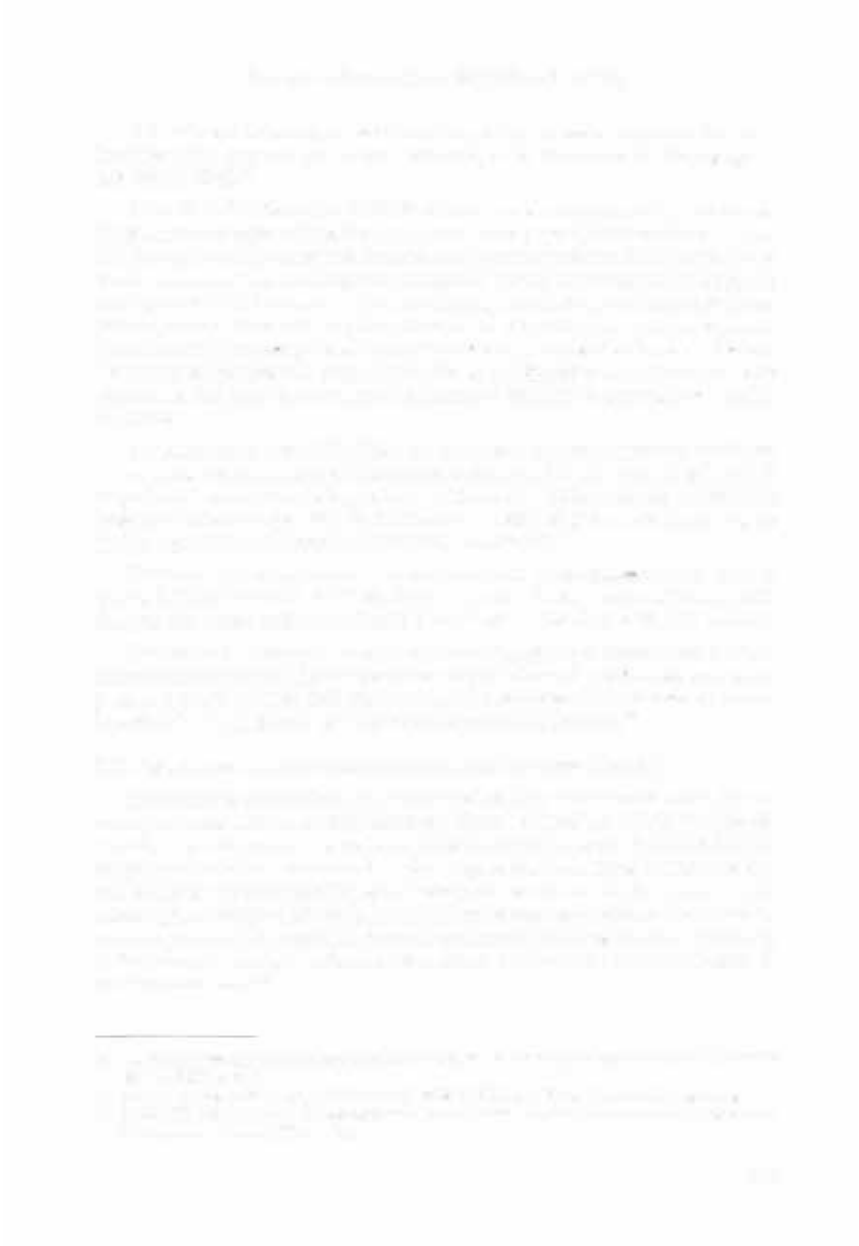
\'. 2. p. 1 56.

36. TUCCI, José Rogério Crnz e. Desislência da ação. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

37. FABRÍCIO, Adroaldo Funado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 394. Neste sentido.

CUNHA, Leonardo José Carneiro . .. Anotações sobre a desistência da ação ... Revis1a Dialélica de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3, p. 52-53. Vale a pena conferir os seguintes julgados: 4' T. do STJ, REsp 241 .780/PR, rei. Min. Sálvio ele Figueiredo Teixeira, j. 1 7.02.2000, DJ de 03.04.2000, p. 1 57; 6" T. do STJ, Resp 1 15.642/SP, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 22.09.1 997. DJ de 13.10. 1 997, p. 5 1 .660.

38. Mais correia era a redação do CPC-39, que expressamente determinava a averiguação do interesse do réu cm negar consentimento à desistência (an. 1 8 1 , par. ún.): "A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo".



EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

A decisão que homologa a desistência tem, ainda, um efeito anexo: o juízo que a homologou fica prevento para julgar a demanda, se eventualmente ela for reproposta (art. 253, II, CPC).39

O art. 3° da Lei Federal n. 9.469/97 determina que os representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações, bem como das empresas públicas federais, só podem concordar com a desistência da causa se o autor renunciar ao direito sobre que se funda a demanda. Como não bastasse a desistência, o autor há de

renunciar ao d ireito, de modo que a decisão fique acobertada pela coisa julgada material. Embora aparentemente violenta, trata-se de medida legítima, obviamente não aplicável a qualquer hipótese, como nos seguintes exemplos: a) nas ações cautelares, em que não são veiculadas pretensões materiais passíveis, pois, de renúncia; b) nas situações em que o próprio ente público, em sua peça de defesa, havia solicitado a extinção do processo sem análise do mérito.

A desistência na ação civil pública tem regramento expresso. Quando a associação autora desiste da causa de forma infundada, autoriza-se que um outro colegitimado à proposih1ra da demanda coletiva, inclusive o Ministério Público, a suceda, assumindo a posição ativa da causa (art. 5°, § 3°, Lei Federal n. 7.347/85). Não se admite desistência na ADI e na ADC (Lei Federal n. 9.868/1 999, arts. 5° e 1 6).

Caberá ao autor o pagamento das custas processuais remanescentes (art. 26 do CPC; art. 1 4, § lº, Lei Federal n. 9.289/96). Se parcial a desistência, a responsabilidade pelas despesas processuais será proporcional à parte de que se desistiu (art. 26, § 1 º, do CPC).

Por fim, há decisões que têm rejeitado a homologação da desistência, sob o fundamento de que a causa em jogo não permite essa espécie de ato dispositivo. Recentemente, p. ex., o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a homologação de desistência de uma investigação de paternidade feita pelo representante do menor-autor.40

3.1 1 . Falecimento do autor e intransmissibilidade do direito discutido O inciso IX do art. 267 diz que o processo será extinto, sem exame do mérito, "quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal". A redação é infeliz. Na verdade, o que determina a extinção do processo, nestas situações, é um fato jurídico composto: a morte do autor associada ao fato de que o direito em litígio é intransmissível.

Não é a simples intransmissibilidade do direito que determina a extinção do processo. Há direitos que são intransmissíveis de forma absoluta; há outros que podem ser transmitidos, se o antigo titular já tiver ajuizado demanda para reconhecê-los/efetivá-los - neste caso, se "inibe o ajuizamento da ação ainda não aforada, mas não obsta o prosseguimento da que já se propusera".41

39. A crítica à opção legislativa encontra-se em DfDTER .Ir., Fredie. A nova

reforma processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36-5 1 .

40. STJ, 4°. T., RESP 472608-AL, publicado no DJ de 09.06.2003, p. 276, rei. Min. Aldir Passarinho Jr.

4 1 . FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direito processual.

Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 395.

FREDIE DIDIER JR.

Cumpre lembrar que os direitos da personalidade são, em regra, intransmissíveis (art.

1 1 do CC-2002). O falecimento de um dos cônjuges põe termo à ação de divórcio, eis que essa parcela da demanda é intransmissível. Se a demanda contiver paite transmissível e parte intransmissível, nada impede que prossiga em relação àquela parcela, com a habilitação dos herdeiros (Theotônio Negrão, nota 46 ao art. 267) 3.12. Confusão

O inciso X do art. 267 afirma que o processo será extinto, sem análise do mérito, quando houver a confusão entre autor e réu. Dá-se a confusão quando as situações jurídicas de credor e devedor se fundirem no mesmo sujeito de direito (art. 3 8 1 do CC-2002).42 Se a mesma pessoa assume as posições de autor e réu, já não há processo, muito menos relação jurídica: a relação seria a de um sujeito consigo mesmo. "O

prosseguimento do processo, em tal emergência, seria uma impossibi lidade lógica, por falta de partes".43 São exemplos: locatário que adquire o bem na pendência da ação de despejo; o réu que compra do autor o imóvel no curso da reivindicatória; sociedades que litigam entre si vêm a fundir-se.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, esta hipótese se subsome à de carência de ação, pois, em verdade, faltaria interesse processual.44

A confusão é fato que extingue a obrigação. Assim, a rigor, não é só o processo que se extingue, mas a própria relação jurídica substancial nele deduzida. É caso, pois, de extinção do processo com resolução de mérito, à semelhança do que já ocon-e com aquela fundada no pagamento ou na transação, que são também modalidades de extinção da obrigação.45

3.13. Análise do § 3º do art. 267 do CPC

As matérias tratadas pelos incisos IV, V e VI do art. 267 do CPC consideram-se como de ordem pública. Assim, podem ser examinadas ex o.fficio e a qualquer tempo ou 42. "Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor".

43. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 395.

44. Nulidades do processo e da sentença. 4 ed. São Paulo: RT, 1 998, p. 7 1 .

45. "Com efeito, a confusão é institmo de direito material, integrando o elenco dos motivos de extinção das obrigações. Visto por esse ângulo o problema, e atendendo-se a que os casos de extinção do processo

'com j ulgamento do mérito' melhor se definiriam pela expressão 'com resolução do mérito', a confusão encontraria lugar mais adequado no art. 269 do que neste 267. Com efeito, como ficou dito, a extin

ção não é do processo só, mas do litígio mesmo; mais ainda, da própria relação j urídico-material nele envolvida. Como na linguagem comum, a palavra relação, também se empregada em sentido jurídico, supõe pluralidade de polos; toda relação só pode ser entre pessoas, coisas, ideias ele., sempre no plural.

No momento em que os tem10s, ou polos, se reduzem a um, relação já não pode haver. Note-se que, postas essas premissas, ocorrida a confusão e só por causa dela, a relação jurídico-processual poderia ainda, teoricamente, continuar, porque subsistente a pluralidade Uuiz, 'parte'). Já o vínculo jurídico-material, este sim, resulta extinto por impossibilidade lógica de sua continuação: a relação seria de um sujeito consigo mesmo, vale dizer, uma 'não-relação'". (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 396.)



grau de jurisdição. São questões relativas à admissibilidade do processo, pois, uma vez verificadas, impedem o seu exame. O réu que não as alegar na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, arcará com as custas do retardamento (art. 267, §

3°, do CPC-73).

Algumas observações se fazem absolutamente necessárias:

a) Nem toda falta de pressuposto processual pode ser levada em consideração ex ojficio pelo magistrado, como ocorre com a incompetência relativa (falta de pressuposto processual subjetivo relacionado ao juízo).

b) A prescrição e a decadência, embora também possam ser alegadas a qualquer tempo (arts. 1 93, 2 1 0 e 2 1 1 do CC-2002), distinguem-se daquelas, porém, na medida em que são questões relacionadas ao mérito, não ao processo, e podem não se caracterizar como questões de ordem pública, como é o caso da prescrição e da decadência convencional. Embora distintas, aquelas questões de admissibilidade e a prescrição/

decadência, em relação à possibilidade de reconhecimento judicial, submetem-se a semelhante regime jurídico.

c) O que significa a locução "qualquer tempo e grau de jurisdição"? Englobaria, também, a instância judicial extraordinária (julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário)? Vejamos.

Exige-se, nos recursos excepcionais, o prequestionamento da questão de direito que se pretenda levar à apreciação dos tribunais superiores. Considera-se prequestiooamento a manifestação, pelo tribunal recorrido, acerca da mencionada questão jurídica. Assim, por exemplo, se se quiser levar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, a análise de uma questão sobre a ilegitimidade ad causam, é necessário que sobre ela tenha havido o prequestionamento.46

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer ex officio ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3° do art. 267 e a prescrição ou decadência). Perceba: não é possível que uma destas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o §3° do art. 267 do CPC e os arts. 1 93, 2 1 O e 2 1 1 do CC-2002, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta. É assim que se deve entender a menção a "qualquer tempo e grau de jurisdição"

que consta no mu ltimencionado parágrafo.

46. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comemado e Legislação processual civil extravagante em vigo1: 6 cd. São Paulo: RT, 2002, p. 595.

A solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o enunciado 456

da súmula da j urisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário,julgará a causa, aplicando o direito à espécie". No mesmo sentido, o art. 257, R!STJ,47 e o art. 324, R lSTF.48 É como afirma Barbosa Moreira: "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à quaestio iuris, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão a quo, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga 'a causa' . . . ".49

Assim, poderá o STF/STJ analisar matéria que não fora examinada na instância a quo, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade.

Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/

especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública de que trata o §3º do art. 267 do CPC, "porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescentamos], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial".5º

Bastante elucidativo este acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Conhecimento.

Aplicação do direito à espécie (Súmula 456 STF e Rl STJ, art. 257). Amplitude. I

-

-

Caracterizando o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, conhecimento do recurso,

aplicando-se o direito à espécie. U No contexto assinalado, deve o órgão julgado limitar-se ao exame

-

da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. III Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar

-

extinto o processo sem julgamento do mérito (STJ, CPC, a1t. 267, VI). (REsp 36.943-6-RS, rei. Pádua Ribeiro, j. 1 7. 1 1 . 1 993, DJ 06. 1 2 . 1 993)".51

47. "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminannente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Tunna não conhecerá do recurso; se pela afinnativa,julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

48. "No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo: se pela afirmativa, julgará a causa, aplica11do o direito à espécie."

49. Comemários ao Código de Processo Civil. 1 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 596.

50. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso especial. São Paulo: RT, 2002, p. 342. O texto entre colchetes é nosso.

5 1 . Ver, por todos, com várias citações doutrinárias e jurisprudcnciais, a completa exposição de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: Recurso especial. São Paulo: RT, 2002, p. 336-342.

EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 267, 268 E 269 DO CPC)

Também assim, o mesmo Superior Tribunal de Justiça: l " T., REsp n. 609.1 44/SC, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.05.2004; 2" T., REsp 466.86 1 -SP, rei. Min. Eliana Calmon, julgado em 1 7.6.2004.

No julgamento do RE n. 298.694, rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004,52

o STF decidiu, por maioria, admitir a possibilidade de julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo

tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). Esta é a postura correta, que corrobora tudo o quanto aqui foi dito.

4. DECISÕES QUE EXAMINAM O MÉRITO (ART. 269 DO CPC)

4.1. Resolução ou ju lgamento de mérito?

Até 2005, o caput do art. 269 do CPC estava assim redigido: "Extingue-se o processo com j ulgamento de mérito:". A redação foi alterada pela Lei Federal n. 1 1 .232/2005. Não bá mais referência à extinção do processo. Duas são as j ustificativas: a) atualmente, a sentença não é mais o ato judicial que encerra o processo, mas apenas a fase de conhecimento (veja-se, por exemplo, a nova redação dos arts. 1 62, § 1 º, e 463, CPC); b) é possível que a decisão judicial tenha por conteúdo uma das hipóteses do art. 269 e não encerre o procedimento, como nos casos de decisão parcial. Eis a nova redação do art. 269 do CPC:

"Haverá resolução de mérito".

Além disso, o legislador trocou '�ulgamento de mérito" por "resolução de mérito".

Agiu, mais uma vez, corretamente.

A expressão resolução de mérito, em vez de julgamento de mérito, é mais correta, pois abrangente das diversas decisões possíveis de ser tomadas com base neste artigo. Correta a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, que mais uma vez adotamos: " ... a expressão 'resolução de mérito' traduziria melhor a ideia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí se agrupam duas classes bem distintas de sentenças: as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes". 53

Rigorosamente, só haveria julgamento nas hipóteses previstas nos incisos I e IV

do art. 269 do CPC. As demais decisões (incisos If, 1 1 1 e V) pertencem a outra cate-52. Também neste sentido, RE n. 300.020, rei. Min. Sepúlveda Pertence, ala

publicada no DJ de 24.1 O. 2003.

53. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", cit., p. 367.

619



FRrDIE DIDIER JR.

goria. A decisão que se profere nestes casos é homologatória, "sem outra função

que a de 'equiparar' a eficácia do ato extintivo da pa1te, ou das partes, àquela do ato de julgamento. Qual envoltório transparente, que deixa ver o conteúdo, a sentença apenas reveste, sem ocultá-lo, o verdadeiro ato extintivo do processo e da lide, que é ato da pa1te ou das partes".54·55

4.2. Julgamento do mérito: a procedência e a improcedência

4.2.1. Generalidades

O inciso I do rut. 269 cuida da principal hipótese de extinção do processo com resolução do mérito: trata-se do julgamento do objeto litigioso do processo. Chama-se de procedência o j ulgamento em que o magistrado acolhe o pedido; improcedência, por conseguinte, é a conclusão a que se chega quando o pedido não pôde ser acolhido.

O objeto litigioso, como examinado no capítulo sobre a Teoria da Cognição, é formado pela afirmação do direito feita pelo demandante e, se for o caso, pela afirmação do contradireito feita pelo demandado em sua defesa.

É possível que ocorra a chamada procedência parcial: quando se pleiteia uma indenização "X" e o magistrado concede "X Y", p. ex. Porém, não se deve confundir essa

-

situação com outra, que é parecida, mas, por isso mesmo, distinta: se o magistrado acolhe um dos pedidos cumulados, rejeitando os demais, não há procedência parcial, mas, sim, procedência de um pedido e improcedência do(s) outro(s). Em razão da cumulação de pedidos, deve o magistrado, na sentença, examinar cada um deles separadamente, dando

-lhes a respectiva e merecida solução.

A improcedência do pedido do autor pode lastrear-se em diversos fundamentos, tais como: a) não ocorrência do fato gerador do direito afumado pela parte; b) embora o fato afirmado pelo demandante tenha ocorrido, ele não tem aptidão para produzir o direito cujo reconhecimento se buscava; c) reconhecimento de fato impeditivo da formação do direito afirmado pelo demandante; d) o direito afirmado existia, mas fato superveniente à propositura da demanda o extinguiu ou retirou sua eficácia; e) reconhecimento de um contradirei to, exercido pelo

réu, que extingue o direito afirmado pelo autor, ou neutraliza os seus efeitos; f) a ausência de prova dos fatos constitutivos do direito afim1ado pelo 54. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito ela Causa", cit., p. 368. Em sentido semelhante, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comemários ao Código de Processo Civil. 8 ed., cit.. p.

414-415.

55. ·•seja como for, ninguém porá em dúvida que, quando se configura a prescrição ou a decadência, e bem assim quando validamente se dá o reconhecimento do pedido, a transação ou a renúncia, o prosseguimento do processo não fica excluído em razão da inutilidade, senão da desnecessidade. Não é que se prenuncie inatingível a meta normal: ao contrário, é que a ela se tem acesso imedia/o. independentemente de qualquer indagação suplementar". (MOR.EIRA. José Carlos Barbosa. "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", cit., p. 86).



autor. Mutatis mutandis, esses fundamentos se aplicam à improcedência do pedido do réu relativo ao seu contradireito, exercitado em defesa.

4.2.2. A <lecisão que não acolhe a afirmação de contradireito como uma decisão de mérito O reconhecimento de um contradirei Lo afirmado pelo réu pode levar à improcedência do pedido do autor, conforme visto acima. Mas o que acontece quando a afim1ação do contradireito feita pelo réu é rejeitada pelo juiz?

O problema gira em tomo da natureza dessa decisão.

Tomemos o exemplo da prescrição, que é um contradireito.

O art. 269, 1 V, CPC, dispõe que a decisão é de mérito quando pronuncia a prescrição.

Em interpretação literal a contrario sensu, a decisão que não acolhe a alegação de prescrição não seria de mérito: seria decisão que apenas afastaria uma defesa, sem examinar o pedido56. E por não ser decisão de mérito, não se poderia falar em coisa julgada nesse caso.

Este entendimento parte do pressuposto de que o mérito do processo é o pedido e de que a coisa julgada somente pode recair sobre o mérito da causa.

Conforme visto no capítulo sobre a Teoria da Cognição, quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor - sobre a afim1ação de contradirei tos pelo réu, ver o capítulo sobre resposta do réu, neste volume do Curso.

A prescrição é exemplo de contradirei to. A decisão que não acolhe a prescrição resolve parte do mérito da causa a parcela relacionada à afümação do contradirei to.

-

Se não fosse assim, teríamos uma situação esdrúxula. Um direito (o contradireito) é afirmado em juízo, discutido em contraditório e decidido; se a afirmação for considerada procedente, há decisão de mérito e coisa julgada; se a afirmação for considerada improcedente, não há decisão de mérito e, pois, também não há coisa julgada. Teríamos uma coisa julgada secundum eventum litis - coisa julgada que surge de acordo com o resultado do processo -, em grave ofensa ao princípio da igualdade. Ou seja: decisão que não acolhe esse tipo de direito (o contradirei to) jamais se submeteria à coisa julgada. Caso raro, 56. Defendem que apenas a decisão que reconhece a prescrição é de mérito: LIEBMAN, Enrico Tullio. Es111dos sobre o processo civil brasilehv, com no/as da Ora. Ada Pelegrini Gri11over. 2" Ed. São Paulo: Bushatsky, 1 976, p. 198-199; NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE N ERY, Rosa Maria de. Código de processo civil co111en1ado e legislação e.r1ravagan1e. 12" Ed. São Paulo: RT,

2012, comentários ao artigo 269; CARV

ALHO, Fabiano. Açcio rescisória: decis<ies rescindíveis. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9 1-93; ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Clcef. A decisão i111erloc11tória de mériro no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedime/1/o de conhecimenlo do processo conlencioso em primeiro grau de jurisdição.

Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica ele Silo Paulo, 2012, p. 4 1 2-414.

621

possivelmente único, de direito que, mesmo não reconhecido judicialmente, poderia ser exercitado novamente, já que não haveria o óbice da coisa julgada.

Essa é mais uma razão para entender que a afirmação de contradireito pelo réu compõe o objeto litigioso do processo. É muito importante perceber isso, frise-se novamente.

A decisão que não acolhe a afirmação da prescrição - e, afortiori, de qualquer

contradireito é decisão de improcedência desta afirmação. Como tal, se subsome ao inciso

-

1 do art. 269 do CPC. É decisão de mérito, apta à coisa julgada material.

4.3. Homologação da autocomposição das partes

Os incisos II, III e V do art. 269 tratam de uma mesma espécie de decisão: a decisão homologatória da concil iação; a decisão que põe fim à controvérsia em razão da autocomposição. Não há aqui, verdadeiramente, heterocomposição. Não obstante isso, são decisões de mérito; aptas a ficar imunes com a coisa julgada material; passíveis, portanto, de ser alvo de futura ação rescisória (art. 485, V r r I, do CPC).

Transação é o negócio jurídico pelo qual as partes põem fim (ou o previnem) consensualmente ao litígio, após concessões mútuas (art. 840 do CC-2002); renúncia ao direito sobre o que se funda a demanda é o ato abdicativo pelo qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado; o reconhecimento da procedência do pedido é a conduta do demandado que admite a procedência do pedido que lhe foi dirigido (submissão). São hipóteses de conciliação.

Não se pode confundir transação com conciliação, essa gênero do qual aquela é espécie. É possível concil iação sem trnnsação, como nas hipóteses de renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda (inciso V) ou reconhecimento da procedência do pedido (inciso 1 1).57 Os incisos do art. 269 ora estudados cuidam de hipóteses de homologação de conciliação (autocomposição). Em razão de suas semelhanças, merecem receber um tratamento dogmático geral para, somente após, ser apontadas as peculiaridades de cada uma das modalidades concil iatórias.

A conciliação judicial, em qualquer de suas modalidades, pode operar-se por (a) documento elaborado extrajudicialmente, que, uma vez juntado aos autos, dispensa a sua redução a termo;58 por (b) termo elaborado por escrivão ou (c) durante a audiência, quando constará em ata (art. 33 1 do C PC).

É possível que a autocomposição seja parcial -envolva apenas parte do mérito. Nestes casos, a homologação judicial, que será possível, não implicará a extinção do processo, 57. RODRIGUES, Geisa. Ação civil pública e termo de

ajustamento de conduta - teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14 7.

58. THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 283.

622

EXTINÇÃO DO PROCESSO (AlffS. 267, 268 E 269 DO CPC)

mas, sim, a solução parcial do mérito e o prosseguimento da causa para o

julgamento do restante. Não será, pois, sentença, mas decisão interlocutória.

Também é possível que a autocomposição verse sobre aspecto que esteja fora dos limites do mérito. Nada impede que se traga à transação, p. ex., uma outra lide, estranha a que está sendo discutida (art. 475-N, III, do CPC).

O art 475-N, III, do CPC, reproduz a redação do revogado art. 584, Ili, CPC. Essa

.

possibilidade de ampliação do objeto litigioso para fim de conciliação enfraqueceu a preclusão determinada no art. 264, CPC - que impunha urna enorme rigidez na alteração objetiva da demanda-, pois é inegável que, agora, é possível a inclusão consensual de novo pedido/causa de pedir- antes ou após a citação, pouco importa o momento (art. 1 25, IV, CPC) -, ainda que apenas para ser objeto de um acordo judicial.

É possível que a conciliação ocorra fora do âmbito do processo de conhecimento (relação jurídica processual com predominante função de certificação). É frequente a conciliação em processo de execução (art. 794, II, CPC) e no processo cautelar (art. 8 1 O

do CPC),59 situação esta em que a decisão homologatória proferida no processo cautelar gerará coisa julgada material em relação ao mérito acautelado.

Convém lembrar, também, que somente poderá ser homologada a conciliação se os direitos em jogo a permitirem. Para proceder à homologação, o magistrado deverá verificar se a própria conciliação é possível, se não há colusão das partes (art. 1 29 do CPC) e se os advogados têm poder especial para tanto (art. 3 8 do CPC).60-61 A homologação judicial do ato das partes tem basicamente dupla função: a) pôr fim ao processo; b) possibilitar a formação de coisa julgada material. Remetemos o leitor ao quanto dissemos a respeito da audiência prelimi nar, no capítulo anterior.

É possível que a homologação da conciliação se dê já em fase recursai - que se inicia a partir da interposição do recurso -, quando deverá o requerimento ser dirigido ao juiz relator, por analogia com o disposto no parágrafo único do art. 800 do CPC.

59. O arl. 8 1 0 do CPC fala apenas de reconhecimento judicial da prescrição ou da decadência. No entanto, a doutrina já se apercebeu de que também quando houver as sentenças homologatórias, de que ora se cuida, será possível surgir coisa julgada material no processo cautelar. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1 984, v. 1 O, p. 236-237.) 60. Observa Adroaldo Furtado Fabrício: " ... a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indisponível [rectius: inconciliável], ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para a espécie".

("Extinção do Processo e Mérito da Causa". Ensaios de direito processual, cit., p. 369).

6 1 . A conciliação pressupõe a titularidade da res in iudicium deducta e, se feita pelo substituto processual, é ineficaz em relação ao substituído, salvo se houver autorização legal expressa em sentido contrário (Em Tratando do reconhecimento da procedência do pedido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "'Reconhecimento do pedido". Direito processual civil - ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 1 04).

fREDIE ÜIDIER JR.

A sentença não é condição de eficácia do negócio jurídico pelo qual o litígio se resolve.

O negócio jurídico produz efeitos entre as partes independentemente da homologação, cuja eficácia se restringe a determinar a extinção cio processo e dar azo à formação da coisa julgada material. 62

4.4. Decadência e prescrição

Decadência e prescrição são fatos jurídicos que se relacionam com o passar do tempo e se referem à extinção ou encobrimenlo de detennioada eficácia jurídica.

A decadência ou caducidade é a perda cio direito potestativo63 em razão do seu não exercício no prazo legal ou contratualmente estabelecido. Este prazo, em razão disso, recebe o nome de prazo decadencial, que pode ser legal (conhecível ex officio pelo juiz, art. 2 1 O cio CC-2002) ou convencional (não pode ser conhecida ex officio, art. 2 1 1 do CC-2002). A decadência, mesmo a convencional, é fato que pode ser alegado e examinado a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 2 1 1 do CC-2002).64 O reconhecimento da decadência implica decisão de mérito (art. 269, l V, CPC).

Há uma situação, no emanto, que é bastante curiosa e merece análise separada. Uma vez reconhecida a decadência do dtreito ao procedimento especial do mandado de segurança, a extinção do processo não pode dar-se com base no art. 269, rv, CPC: trata-se de extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de um pressuposto processual (art. 267, IV, CPC).

O prazo decadencial não diz respeito ao direito potestativo, eventualmente objeto do mandado de segurança. A decadência é do direito potestativo de escolha do procedimento especial. O que se perde, após o transcurso do prazo de 1 20 (cento e vinte) dias, é apenas a opção de valer-se do procedimento magnânimo do mandado de segurança. A redação do dispositivo legal (art. 23 da Lei Federal n. 1 2.01 6/09), aliás. é muito clara neste sentido: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á ... ". O magistrado apenas constata a inexistência (extinção) do direito do autor de optar pela via procedimental do mandado de segurança, sem resolver o mérito da causa, que fica intocado.

Trata-se de sentença que reconhece decadência que, no caso, é pressuposto processual: não pode o autor ter perdido o prazo para a escolha do procedimento, 62. '"Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluido entre as partes, impossivel é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instn11nento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes .. .'" (THEODORO Jr., Humberto.

Curso de Direito Processual Civil. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. l, p.

284.) 63. Sobre o assunto, fundamental a leitura de AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decacl&ncia e para identificar as ações imprescritíveis". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1 997, n. 744, p. 725-750.

64. Cândido Dinamarco denomina, sem razão, a sentença que reconhece a decadência como ··falsa sentença de mérito" (DCNAMARCO, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros Ed., 200 1 , V. 3, p. 259).

para que o procedimento especial do mandado de segurança se desenvolva validamente. A decadência do direito de escolha do procedimento, além de tratar-se de pressuposto processual - e que, pois, pode ser reconhecido de ofício (art.

267, §3º, CPC) -, está sempre prevista em lei, autorizando, também por isso, o reconhecimento ex officio da sua ocorrência. Relativiza-se, assim, a afirmação peremptória de que a decadência implica extinção do processo com resolução do mérito - o que só ocorre se se tratar da decadência do direito potestativo objeto do litígio, e não do direito potestativo de escolha do procedimento, que tem natureza pré-processual).

A prescrição encobre a eficácia de determinada pretensão, em razão do não exercício dela em determinado lapso de tempo (a1t. 1 89 do CC-2002). A prescrição pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 1 93 do CC-2002).

A decisão que acolhe a prescrição é decisão do mérito porquanlo diga respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida - efetivação da prestação devida - em razão da perda de eficácia da pretensão. A prescrição está sempre relacionada aos direitos a uma prestação (o poder que alguém tem de exigir de outrem o cump1imento de determinada prestação: fazer, não-fazer e dar). A pretensão é uma situação jurídica ativa presente nas relações jurídicas que giram em lorno do cumprimento de uma prestação.

Reconhecer a prescrição é examinar um dos elementos desta relação jurídica, pois. Se a relação jurídica discutida é exatamente o alvo da decisão judicial (o mérito), a decisão sobre a prescrição somente pode ser decisão de mérito. É absolutamente inadmissível relacionar a prescrição com a "extinção da ação" e, portanto, considerá-la como matéria estranha ao mérito da causa.

A decisão que reconhece a decadência ou a prescrição é decisão de mérito semelhante àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconheça a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que encobre a eficácia da pretensão ou extingue o direito potestativo demandado; "nada tem de particular senão o molivo da desestimação do pedido".65 Somente para evitar dúvidas é que o legislador cuidou de isolar esta hipótese de extinção do processo daquela

prevista no inciso 1 cio mesmo art. 269.

65. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do Processo e Mérito ela Causa", cit., p. 367.

CAPÍTULO XXI

SUSPENSÃO DO PROCESSO

Sumário • 1. Noções gerais - 2. Hipóteses de suspensão: 2.1. Morte ou perda da

capacidade processual de parte, representante legal ou advogado; 2.2. Convenção das partes; 2.3. Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição; 2.4. Prejudicialidade ou prcliminaridade externa (art. 265, IV, "a"); 2.5. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 265, IV, "b"); 2.6. Julgamento de questão de estado objeto de pedido de declaração incidente (art. 265, IV, "c"); 2.7. Força maior; 2.8. Outros casos de suspensão; 2.9. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade - 3. Prática de atos durante a suspensão do processo.

l . NOÇÕES GERA I S

O curso d o procedimento pode, e m razão de certos fatos, ficar suspenso temporariamente; esse fenômeno é chamado de suspensão do processo. A suspensão do processo não significa a suspensão dos efeitosjurídicos do processo (efeitos da litispendência); não há suspensão do conteúdo eficacial da relação jurídica processual.1 Não obstante suspenso o processo, a coisa ou direito ainda é l itigioso, permitindo a incidência do art. 42 do CPC.

Suspensão do processo é, apenas, a suspensão do curso do procedimento, a paralisação da marcha processual, com o veto a que se pratiquem atos processuais.

É preciso perceber, ainda, que a suspensão do processo pode dizer respeito à prática de apenas alguns atos processuais. Quando se diz, por exemplo, que a oposição de exceção de incompetência relativa suspende o processo, é preciso que se entenda corretamente a prescrição normativa: o curso do procedimento principal fica paralisado, mas haverá prática de outros atos processuais necessário à resolução do incidente que acabou de ser i nstaurado.

Há quem denomine de suspensão própria a paralisação total e i rrestrita do processo, e de suspensão imprópria, quando "algo continua a mover-se no período de suspensão".2

A suspensão do processo depende de decisão judicial. Costuma-se dizer que essa decisão teria conteúdo declaratório, pois o processo já "estaria suspenso" desde a data de ocorrência do fato jurídico causador da suspensão, ressalvadas as hipóteses do inciso IV do art. 265, em que a decisão seria constitutiva.3 A maior parte da doutrina parece confundir o conteúdo da decisão com a sua eficácia

temporal: conforme vimos no 1. M I R ANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 437; THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 334.

2. M JTIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t.

2, p. 497.

3. "(.. .) o juiz não suspende o processo, declara-o suspenso; a causa não está no despacho e sim no fato gerador da suspensão. O ato do juiz não tem efeito constitutivo mas declaratório; logo, retroage ao mo-627

capítulo sobre teoria da ação, é possível que uma decisão constitutiva produza efeitos retroativos, não sendo a limitação temporal da eficácia da decisão um dado essencial para distingui-la da decisão declaratória. A decisão que suspende o processo é constitutiva, pois paralisa a atividade processual, ainda que se dê a essa decisão, como corretamente se costuma dar, uma eficácia retroativa até a data da ocorrência do fato jurídico que ensejou a suspensão.4

Pontes de M iranda entende que, no caso de morte da parte, do representante ou

do procurador, a suspensão ocorre "desde que o juiz a conheça, com prova", mas com eficácia retroativa.5

A suspensão do processo é. ao lado da sua extinção sem resolução de mérito, manifestação daquilo que se convencionou chamar de crise do procedimento ou crise da instância, pois são situações em que o processo não atinge seu objetivo principal, que é a solução do seu objeto litigioso.6

2. H 1 PÓTESES DE SUSPENSÃO

2.1. Morte ou perda da capacidade processual de parte, representante legal ou advogado

As primeiras hipóteses de suspensão relacionam-se com as partes, seus representantes legais ou seus advogados.

São partes, como visto, não apenas o autor e o réu. mas também o assistente,1 o denunciado, o opoente, bem como os sujeitos que são apenas partes em um incidente (possuem apenas legitimidade incidental), corno é o caso do perito ou do juiz, no incidente de suspeição/impedimento.

O CPC menciona apenas representante da parte, não se compreendendo nessa rubrica o presentante da pessoa jurídica litigante. É que, "se uma pessoa física, órgão de pessoa jurídica, desaparece, outra lhe toma o lugar, sem que haja solução de continuidade no processo".8

memo em que ocorrera o fato gerador". (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 O cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 407-409.) 4. Em outros termos, mas em sentido semelhante: antes da decisão judicial '·não bá que se falar em processo suspenso, nada obstante eventual ato praticado entre os atos os fatos suspensivos e a decisão judicial

�eja ineficaz (...), porquanto a decisão jurisdicional nestes casos assume eficácia ex tunc ... " (M ITI OI E

RO, Daniel. Comentários ao Código de l'rocesso Civil, t. 2, cit., p. 499.) Hclio Tornaghi entende que a suspensão depende de decisão judicial. embora apenas no inciso 1 cio art. 265 ela tenha efeito retroativo (TOR AGHI, Helio. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1 978, v. 2, p. 313).

5. MIRANDA, Francisco Cavalca1111 Pontes ele. Comentários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, l. 3, p. 440.

6. CARNELUTTI, Francesco. lns1i111ições do processo cil'il. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.

7. Corretamente, M ITI DlERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 500.

8 . ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários a o Código de Processo Civil. LO ed., v. 2 , cit., p. 391; M ITID!ERO, Daniel. Co111e111ários ao Código de Processo Civil, l. 2, cit., p. 501.

SUSPENSÃO DO PROCESSO

Suspende-se o processo quando houver mor/e ou perda da capacidade processual das partes, representante legal e do advogado (art. 265, 1, CPC). Onde se lê mor/e de uma das partes, deve-se ler, também, extinção de uma pessoa ju rídica.9

A morte do autor pode dar ensejo à extinção do processo, se o direito objeto do litígio for intransmissível (art. 267, IX, CPC; ver comentários no capítulo dedicado à análise dos arts. 267 e 269 do CPC).

Verificada a morte ou a incapacidade processual da parte ou de seu representante legal, o magistrado suspenderá o processo, determ inando o suprimento da capacidade processual ou a sucessão processual (habi 1 itação dos herdeiros ou do espólio), desde que o fato tenha ocorrido antes do início da audiência (ou sessão no tribunal). É que, na forma do art. 265, § lº, a, do CPC,10 se a morte da parte ocorrer após o início da audiência de instrução e julgamento (ou sessão no tribunal), o processo prosseguirá até a prol ação da decisão final, sendo o advogado do falecido o seu substituto processual (passará a atuar em nome próprio, defendendo interesses do conjunto de bens do falecido);11•12 publicada a decisão, o processo só então será suspenso. Se a incapacidade processual da parte ou do representante ou a morre do representante ocorrer após o início da audiência de instrução e ju lgamento, o advogado da parte continuará no processo, não na qualidade de substituto processual, como ocorre na h ipótese de mor/e da parte, mas, sim, na de representante processual.

Há uma ponderação de Moniz de Aragão que é digna de nota: "No caso de não se poder concluir a audiência no dia em que a morte ou a perda de capacidade da parte ou de seu representante legal for denunciada, o juiz deverá suspender o processo após a atividade nela desenrolada, até porque pode ocorrer ele, em vista ele entre sucessores haver incapazes, fazer-se necessária a intervenção cio M inistério Público, pena de nu lidacle".'3

9. M I RANDA, Francisco Cavalcanli Pontes de. Come/lfários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, l. 3, p. 441: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 1 0 ed., cit., v. 2, p. 390; M ITI DI ERO, Dan icl. Comenlários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 501.

10. "§ 1° No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das parles, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso cm que: a) o advogado continuará no processo até o encerramento ela audiência; b) o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão".

1 1 . "A solução da lei é pragmática. (...) O conteúdo da audiência não se alterará cm função de estar ou não viva a parle no momento da sua realização". (GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo". Revis/a de Processo. São Paulo: RT. 1995. n. 80, p. 92.).

12. "A prática de atos processuais não fica protraída durante o hiato ou período de transição que medeia entre a morte da parle e a suspensão do processo. Nesse inlerlempo, há uma sincronicidade, porque se dá a transmudação (implícita) do representante processual (advogado) em substituto processual dos herdeiros que. ao mesmo tempo, exerce o ius postulandi. Nesse caso a posição do advogado no processo é de dupla oatureza: parte e representante" (SEVERO NETO, Manoel. S11bstil11içcio processual. São Paulo: Juarcz de Oliveira, 2002, p. 172-173).

13. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed., v. 2, cit., p. 395.

Constatada a morte do advogado, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua aovo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste (art. 265, § 2°, CPC).

O § 2° do art. 265, CPC, menciona apenas o caso de morte do advogado. Mas, como o texto do inciso 1 do art. 265 demonstra, também é causa de suspensão do

processo a incapacidade do advogado, que engloba não só a perda da capacidade genérica (o advogado foi interditado, por exemplo), como também a perda da capacidade postulatória, tendo cm vista a ocorrência de alguma hipótese ele restrição para o exercício da advocacia.14

Falecido o réu antes da citação, não é caso de suspensão do processo: cabe ao autor promover a citação cio espólio ou sucessores.'5

2.2. Convenção das partes

É lícita a suspensão convencional do processo (art. 265, ll, CPC). De acordo com o § 3° do art. 265, essa suspensão nunca poderá exceder seis meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

Se as partes não convencionaram expressamente o prazo, subentende-se que optaram pelo prazo máximo.16

Trata-se de um negócio jurídico processual,17 que se submete à aprovação do magistrado para que possa produzir o seu efeito típico.18

Não há necessidade de motivação expressa na suspensão convencional do processo, de modo que o magistrado não pode, em regra, rccusá-la.19 Mas, como se sabe, não é possível a suspensão convencional do processo com o objetivo de aumentar prazo peremptório, o que é vedado (art. 182 do CPC20•21).

14. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed., v. 2, cit., p. 391; GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., 94; M !TI DIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. t. 2, cit., p. 502.

15. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 94.

16. TORNAG!-11, Helio. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1 978, v. 2, p. 3 19.

17. Em sentido diverso, por não admitir a categoria .. negócio jurídico processual", MITIDI ERO, Daniel.

Come111ários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 503.

18. Assim, M ITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 503. Em sentido diverso, considerando não haver necessidade "do place1 judicial .. , TOR AGH 1, Hclio. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1 978, v. 2, p. 3 1 8.

19. M ITI DIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, l. 2, cil., p. 504.

20. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moaiz de. Co111e111ários ao Código de Processo Civil. 10 ed., v. 2, cit., p. 396; MITI DJERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, l. 2, cit., p. 504.

2 J. An. 182 do CPC: "É defeso às panes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias".

SUSPENSÃO DO PROCESSO

2.3. Oposição de exceção de incompetência, impedimento e suspeição A oposição de exceção de incompetência relativa do juízo e de impedimento ou suspeição do juiz ou órgão colegiado é causa de suspensão do processo.

Registre-se, de logo, que a exceção de impedimento/suspeição de membro do Ministério Público, serventuário, intérprete ou perito não suspende a marcha processual, de acordo com o § 1° do art. 1 38 do CPC.

Também é relevante apontar um mau vezo de alguns advogados de alegar incompetência absoluta por meio do incidente de alegação de incompetência relativa, exatamente com o propósito de obter a suspensão do andamento do feito, que não ocorreria se a incompetência absoluta fosse alegada como preliminar de contestação, que é o momento adequado. O magistrado deve ficar atento para receber a "exceção de incompetência absoluta" como uma contestação, e não como uma exceção instrumental, e, assim, impedir que o processo fique suspenso desnecessária e indevidamente.

2.4. Prejudicialidade ou preliminaridade externa (art. 265, IV, "a") Como foi visto no capítulo sobre competência, em alguns casos pode haver conexão/

continência entre causas pendentes sem que haja a reunião dos processos. Nessas situações, a melhor solução é determinar a suspensão do andamento de um dos processos.

O art. 265, L V, "a", do CPC permite a suspensão do processo, quando a sentença de mérito "depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente".

Examinemos a hipótese normativa.

a) Primeiramente, cabe pontuar a "sentença de mérito" que consta no enunciado do inciso IV do art. 265 é qualquer decisão de mérito, inclusive acórdão. "Sentença", aqui, é termo util izado em acepção ampla, como sinônimo de decisão judicial, qualquer decisão judicial, e não como uma de suas espécies. O Código de Processo Civil, aliás, adotou essa terminologia em outros momentos, como quando se refere à decisão rescindenda (art.485) e à coisa julgada (art. 467); a ninguém será permitido imaginar que nesses dispositivos o legislador não se refere aos acórdãos ou outras decisões judiciais.

b) O enunciado refere-se ao fato de o julgamento de uma causa pendente depender do julgamento de uma outra causa pendente. A dependência entre causas pendentes deve ser compreendida como uma dependência lógica: a solução de uma causa depende logicamente da solução que se dê a uma outra. Assim, convém suspender a causa dependente, enquanto não se decide a causa subordinante.

A relação de dependência entre causas pendentes pode ocorrer de duas maneiras:

i) uma causa é prejudicial a outra: a solução que se der a uma causa pode interferir na solução que se der a outra; ii) uma causa é prel iminar a outra: a solução que ser a uma pode impedir o exame da outra. A diferença entre prejudicialidade e preliminaridade está posta no capítulo sobre o objeto da cognição judicial.

63 1

Não custa lembrar: pode ser objeto de uma demanda tanto uma questão prejudicial quanto uma questão preliminar. A alínea "a" do inciso IV do art. 265 do CPC refere-se à pendência de processo cujo objeto seja uma questão subordinante (ou prioritária), seja ela prejudicial ou preliminar. Os comentadores desse dispositivo normalmente fazem referência à existência de questão prejudicial externa, não mencionando a questão preliminar objeto de outro processo;22 partem, pois, de premissa diversa, considerando que apenas a questão prejudicial pode ser objeto principal de um processo. Já se examinou o equívoco desta postura, precisamente identificado por Barbosa Moreira (ver capítulo sobre objeto da cognição). Bem examinada a alínea, não há qualquer referência a questão prejudicial, mas, sim, a questão prévia/prioritária, gênero de que a primeira, ao lado da questão preliminar, é espécie.

O que importa, neste momento, enfim, é frisar que a suspensão do processo deve ocorrer sempre que se verificar a relação de subordi nação entre causas pendentes, pouco importa se essa relação é de prejudicialidade ou preliminaridade.

c) A suspensão do processo nessa hipótese tem um pressuposto negativo. Somente será suspenso o processo, se não for possível a reunião das causas pendentes em um mesmo juízo.23 O vínculo ele dependência (prejudicial idade ou preliminaridade), conforme já apontado, gera conexão, que, não impl icando alteração de regra de competência absoluta ou reunião de causas que tramitem sob procedimento obrigatório, dá ensejo à reunião dos processos em um mesmo juízo.

Portanto, somente haverá suspensão de um processo à espera do outro se não for possível reuni-los para processamento e julgamento simultâneos. Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 5° do art. 265 cio CPC). O magistrado, porém, deve observar com temperamento esta regra: se a suspensão é recomendável, em razão do vínculo de subordinação lógica entre as causas pendentes, convém esperar pelo tempo que for necessário, desde que razoável, a decisão da causa prejudicial.

2.5. Depender da verificação de um fato ou da produção de uma prova (art. 265, IV, "b")

Suspende-se o processo se a sentença não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro

juízo (art. 265, IV, "b", CPC). Trata-se de suspensão em razão de uma questão preliminar24 ao exame de mérito: a questão prévia que condiciona o próprio exame da questão de mérito.

22. GR ECO, Leonardo. "Suspensão do processo'", cit., p. 97-99; THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1 , p. 337; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de.

Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 400-401 .

23. G R ECO. Leonardo. "Suspensão d o processo", cit., p. 99; TH EODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1 , p. 338.

24. THEODORO Jr.. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.

1, p. 337.

SUSPENSÃO DO PROCESSO

Convém atentar para a mudança de redação do art. 338 do CPC, que agora tem o seguinte conteúdo: "A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea "b" do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível".

O texto anterior prescrevia que as cartas rogatória e precatória não suspenderiam o processo, salvo se requeridas antes do despacho saneador.

Após a Lei Federal n. 1 1 .280/2006, não basta ter sido requerida a expedição da carta antes da decisã.o de saneamento (designação tecnicamente mais apurada do antigo despacho saneador). É preciso que o objeto da carta apresente-se como imprescindível ao correto deslinde do processo. "Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo".25

Essa suspensão deve durar no máximo um ano (§ 5° do art. 265 do CPC). Repete-se aqui a recomendação feita no final do item anterior quanto à necessidade de têmpera na apl icação do dispositivo.

2.6. Julgamento de questão de estado objeto de pedido de declaração incidente (art.

265, I V, "e")

A letra "c" do inciso 1 V do art. 265 do CPC dispõe que o processo será suspenso se a sentença "tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente".

A alínea é de difícil interpretação.

O caso é de questão de estado prejudicial à questão principal do processo que se busca suspender.

A dúvida é a seguinte: trata-se de prejudicial interna, portanto suscitada perante o mesmo juízo da causa prejudicada; ou se trata de prejudicial externa.

Se se entender que o inciso se refere a uma questão prejudicial externa de estado, não há nenhuma utilidade na regra, que apenas traria outro exemplo de questão prejudicial externa que pode ensejar a suspensão do processo, hipótese já prevista na letra "a" do inciso IV do art. 265, já examinada.

Se se entender que se trata de prejudicial interna de estado, objeto de uma ação declaratória incidental ("declaração incidente", conforme designação desta alínea e do 25. TH EODORO Jr., Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

art. 325 do CPC26) ajuizada perante o mesmo juízo do processo que se busca suspender, surgiria uma situação esdrúxula: o juízo que vai julgar ambas as causas suspende o andamento de uma para apreciar a outra. Para que?27 Por quê?28 Ninguém sabe.

Ainda surge outra dúvida: por que apenas a questão prejudicial interna de estado objeto de declaração incidental teria a aptidão de gerar a suspensão do processo?

"Se, por outro lado, a antecedência cronológica do julgamento prejudicial fosse realmente um imperativo de conveniência, não se compreenderia por que limitar a suspensão aos casos em que se trate de questão de estado. Nenhuma razão plausível ocorre para justificar tratamento diverso do dispensado às demais questões prejudiciais".29

José Frederico Marques30 e Humberto Theodoro Jr.3' propõem uma terceira solução: a letra "c" cuidaria da situação de uma ação declaratória de estado ajuizada em outro processo, que seria prejudicial de ambas as causas, aquela em cujo processo foi ajuizada e essa cujo processo se busca suspender. Não parece a solução adequada: se a questão prejudicial de estado é objeto de uma ação declaratória incidental em outro processo, passa ela a compor o objeto litigioso desse mesmo processo (sendo essa a utilidade da ação declaratória incidental), tornando-se questão principaf32 e, portanto, recaindo a situação na hipótese da letra "a" do inciso l V do art. 265 (questão prejudicial externa 26. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 403; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A açãodec/ara1ória incide111al. Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 193; MlTI D!ERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p.

508; TORNAGH!, Helio. Comentárias ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: RT, 1978, v. 2, p.

320; M I R ANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 997, t. 3, p. 455-456

27. "Não se percebe, assim, motivo razoável para a cisão do julgamento em duas sentenças parciais e sucessivas num só processo. A consequência dessa inoportuna suspensão é uma inútil dilatação do tempo necessário a chegar-se ao julgamento final". (FABR iCIO, Adroaldo Furtado. A ação declaratória incidental. Rio de Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p. 191).

28. "Não tem cabimento, nem qualquer razão lógica, o suspender-se o procedimento, para ju lgar-se a declaratória incidental, e, a seguir, reiniciar-se o seu curso, para ser proferida sentença sobre o objeto principal do processo". (MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 97, nota 1 1).

29. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A ação dC'claratória incidental. Rio de

Janeiro: Forense, 1976, n. 94, p.

191-192.

30. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 97.

31. THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.

1, p. 337. Também aderiu a esse posicionamento GRECO, Leonardo. ··suspensão do processo". Revista de Processo. São Paulo: RT, 1995, n. 80, p. 1 0 1 .

32.

este sentido, M 1 RANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4

ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 1. 3, p. 456; MITIDIERO, Daniel. Comemários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 508. Neste aspecto é que parece equivocada a lição de Frederico Marques, que afirma que a questão de estado objeto de ação declaratória incidental cm outro processo não seja o seu objeto principal (Manual de direito processual l'ivil, v. 3, cit., p. 96). A ação declaratória incidental, coo forme vimos no capítulo sobre as providências preliminares, transforma a análise da questão prejudicial de incidemer tamum para principaliter.

objeto litigioso de outro processo). Trata-se de interpretação que não confere qualquer utilidade ao preceito normativo.

Parece que a melhor (?) solução é a que entende tratar-se de prejudicial interna de estado, objeto de ação declaratória incidental, que, uma vez proposta, suspende o curso do procedimento principal, até a sua solução (seria caso de suspensão parcial). O problema dessa interpretação não é dela, mas do texto de lei ("uma das mais infel izes disposições do Código"),33 que é desnecessário e

não costuma ser observado pelos magistrados, que, tendo de julgar ambas as causas, as processam simultaneamente, sem qualquer prejuízo para o bom andamento cio feito.

O § 5° do art. 265 determina que o prazo máximo de suspensão nessa hipótese é de um ano, o que não se justifica: "se existisse uma verdadeira necessidade de suspender-se o processo para que se julgasse antes a prejudicial, não se compreenderia a limitação temporal imposta à suspensão. Fosse indispensável a sustação do j ulgamento principal, seria absurdo renunciar-se a ela pelo simples curso de determinado prazo".34

2.7. Força maior

Admite-se a suspensão do processo em razão de força maior. Embora se trate de conceito jurid icamente i ndeterminado, não pode o magistrado negar a suspensão do processo, uma vez verificada a força extraordinária: não há d iscricionariedade judicial no particular.

Como se trata de evento imprevisto e insuperável, estranho à vontade das partes, nada mais adequado do que dar à força maior a eficácia de suspender o processo, refor

çando a regra do art. 1 83, § 1 °, CPC, que permite superar a preclusão temporal em razão de justo motivo.

Aplica-se, aqui, a regra enunciada no item 1 deste capítulo: determinada a suspensão, a eficácia dessa decisão retroage à data da ocorrência do evento, considerando-se suspenso o processo desde então.

2.8. Outros casos de suspensão

O art. 265 do CPC não exaure as hipóteses de suspensão do processo.

Há outras previstas tanto no CPC quanto na legislação extravagante. Eis alguns exemplos: a) para regularizar a representação processual (art. 13 do CPC); b) em razão da nomeação à autoria (art. 64 do CPC); c) cm razão da denunciação da lide (art. 72 do 33. FA BRÍCJO, Adroaldo Furtado. A açcio dec/ara1ória incidental. Rio de Janeiro: Forense, 1976, 11. 94, p.

190.

34. FABR ÍCIO, Adroaldo Furtado. A açcio declaratória incidental. Rio de Janeiro: Forense, 1 976, 11. 94, p.

192. Revelando perplexidade semelhante, A RAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Come111ários ao Código de Processo Civil. 1 O cd. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 405.

CPC) e do chamamento ao processo (art. 79 do CPC); d) para verificação de fato delituoso (art. 1 1 0 do CPC); e) em razão do incidente de falsidade (art. 394 do CPC);./) efeito da sentença de atentado (art. 881 do CPC);g) na execução (art. 791 do CPC); h) na execução fiscal (art. 40 da Lei Federal n. 6.830/1980).

Ainda há um ponto a ser observado. A Lei Federal n. 1 1 .417/2006 regulamentou a edição, revisão e cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional. Deixou claro o legislador que a "proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão" (art. 6°).

O Município não é legitimado a propor au1ono111ame111e a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF em matéria constitucional, na forma do caput do art. Jº da Lei Federal n. 1 1.417/2006.35 No entanto, nos termos do § 1° deste dispositivo, o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que ncio au/oriza a suspensão do processo.

2.9. Suspensão do processo em razão da concessão de medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade Há um caso importante de suspensão do processo, previsto em legislação extravagante, que é digno de nota. A jurisprudência já admitia, mesmo sem autorização legislativa, a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, com base no poder geral de cautela.36 Atualmente, essa possibilidade está prevista no art. 2 1 da Lei 9.868/99, que permite que o relator determine aos juízes e Tribunais que suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo pelo STF. Uma vez deferida esta específica providência cautelar, ela conservará a sua eficácia até o julgamento definitivo 35. Eis os legitimados: "I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; 111 - a Mesa da Câmara dos Deputados; 1 V - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; V I - o Defensor Público-Geral da União; V I I - partido politico com representação no Congresso Nacional; V I I I - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legisla1iva ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou cio Distrito Federal: X I - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais

Federais, os Tribunais Regionais cio Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares".

36. '"As decisões definitivas de mérito. proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vin·

culante. relativamente aos demais órgãos cio Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos lermos do art.

!02, § 2° , da C.F. (.. .) Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, remporari:uneme, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de aeautelaré imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342:· (ADC 4 MC/DF. Trib. Pleno cio STF. rei. Min. Syclney Sanches,j. 1 1/0211998. DJ

21/05/1999, p. 2}.



da questão pelo STF, desde que esse julgamento ocorra dentro de 1 80 dias, contados da publicação da decisão na imprensa oficial (art. 2 1 , p. único, da Lei 9.868/99).

Ives Gandra da Silva Martins admite que esse prazo de 1 80 dias seja prorrogado, mantendo-se, durante a prorrogação, a plena eficácia da medida cautelar, isto é, a suspensão dos processos em que se discute o ato objeto da A DC.37 Tal interpretação não nos parece razoável. Por mais que se entenda

improvável, em virtude do acúmulo de trabalho, que o STF delibere definitivamente sobre a questão em 180 dias, exigir que o jurisdicionado cujo processo está suspenso aguarde um período de tempo maior do que o previsto em lei terminaria por aniquilar o princípio (e promessa) da efetividade da tutela jurisdicional. Seja por falta de permissivo legal, seja por homenagem a essa garantia constitucional, entendemos que, vencidos os 180 dias a que alude a lei, a medida perde a sua eficácia, podendo as instâncias inferiores prosseguir no ju lgamento dos processos que estavam suspensos, proferindo, elas próprias, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, os seus respectivos juízos ele valor sobre o ato normativo que também é objeto da A DC.

Não se pode esquecer que, por mais que repouse apenas sobre os pressupostos que lhe são inerentes - ofumus boni iuris e o pericu/um in mora-, a decisão que defere a medida de urgência normal mente acena para o entendimento que será adotado no julgamento definitivo, o que, de certa forma, já serve como direcionamento para o juízo a ser feito pelas instâncias inferiores. De mais a mais, se o caso concreto justificar, nada impede que o próprio magistrado condutor do feito o suspenda, com base no art. 265 do CPC, até que o STF decida definitivamente a questão. Mas aí se terá uma suspensão pontual, fundada no caso concreto e passível de controle por via recursai.

3. PRÁTICA DE ATOS DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

O art. 266 do CPC prescreve ser proibida a prática de qualquer ato processual durante a suspensão do processo, ressalvando a possibilidade de o magistrado determinar a realização de atos urgentes, para evitar dano irreparável.38 Atos urgentes é designação genérica, que abrange as medidas cautelares e a tutela antecipada.39

A confusão quanto à natureza jurídica do ato processual praticado durante a suspensão do processo pode ser sintetizada na seguinte lição de Frederico Marques: "E como a proibição cio art. 266 é expressa e categórica, o ato seria inexistente, ou, pelo menos, destituído de qualquer eficácia ou val idade, salvo tratando-se de atos urgentes ... ".4º O ato processual praticado durante a suspensão é inexistente, inválido ou ineficaz?

37. MARTINS, lvcs Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. Co111role conce/1/rado de conslilucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283.

38. Art. 266 cio CPC: "Durante a suspensão é de leso praticar qualquer ato processual; poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável".

39. MITIDI ERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, l. 2, cit., p. 512.

40. MARQUES, José Frederico. Manual de Direi/o Processuol Civil. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 92.

Pontes de M iranda41 e Egas Moniz de Aragão reputam-no inexistente, pois "falta o pressuposto da pendência da causa".42 Sendo inexistente, não se lhe podem aplicar, por exemplo, as regras jurídicas dos arts. 243-250; é insuprível, "a realização posterior é ex novo, porque não se repete o que não é".43

Não parece tratar-se de ato jurid icamente inexistente, até porque se trata de ato proibido e, pois, ilícito, portanto existente.

Talvez a melhor solução seja considerar que a prática de ato na pendência da suspensão do processo seja conduta ilícita que possa, eventualmente, causar a invalidação ou a simples i neficácia momentânea do ato processual que se realizou.

A consequência mais grave, como se percebe, é a invalidação do ato. Como foi demonstrado no capítulo dedicado ao estudo das invalidades processuais, o defeito do ato processual somente gera nul idade se houver prejuízo. Partindo da premissa de que a vedação à prática de atos processuais durante a paralisação do processo decorre da garantia do devido processo legal, sendo regra que dá efetividade à segurança jurídica e ao contraditório, só haverá invalidade se esses bens jurídicos forem afetados.

Comentando o problema em relação ao inciso l do art. 265, eis a lição de Leonardo Greco: "O que importa é verificar se, em virtude do falecimento, deixou de ocorrer algum fato, deixou a parte de exercer alguma prerrogativa inerente ao seu direito de defesa, ou deixou de ser praticado algum ato relevante, que poderia ter sido praticado, porque, sendo o processo em uma relação jurídica em constante evolução, nem sempre por ocasião da morte o processo se encontrava em momento apto a que o falecido pudesse intervir ou praticar algum ato útil"."

E arremata:

"Suponhamos que a audiência tenha terminado, que o juiz tenha mandado que os autos lhe viessem conclusos para sentença e que, depois do término da audiência, mas antes da prolação da sentença, a parte veio a falecer. O fato não é de imediato levado ao conhecimento do juiz que, ignorando-o, dá a sentença. Essa sentença, por acaso, será nula ou ineficaz? Parece-me que não, porque nesse interregno entre a morte ela parte e a sua comunicação ao juiz nenhum ato poderia ter sido praticado, seja pela parte, seja pelo seu procurador".•l

Convém lembrar, porém, que só é permitido invalidar um ato processual se não for possível aproveitá-lo. Assim, mais comum e recomendável é retirar a eficácia do ato praticado durante o período de suspensão, mantendo-o, porém, .incólume (sem invalidá-lo), 41. MIRA DA, Francisco Cavalcanti Ponlcs de. Comemários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.

42. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Co111e111ários ao Código de Processo

Cid/. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 4 1 1 .

43. M I RA DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 460.

44. GRECO, Leonardo. "Suspensão tio processo". Revista de Processo. São Paulo: RT. 1995, n. 80. p. 91.

45. GRECO. Leonardo. "Suspensão do processo", ci1., p. 91.

reputando-o praticado "no exato momento em que findo o período de espera, economizando-se a atividade processual já despendida".46 Excelente é o exemplo de Leonardo Greco: se a morte da parte ocorre antes da prolação da sentença, mas o tribunal somente dela teve conhecimento meses depois de publicada a decisão, não é caso de invalidá-la, mas, sim, de devolver aos sucessores o prazo recursai, como se a decisão tivesse sido publicada somente agora.47

Perceba que se, no exemplo acima, a morte fosse posterior à prolação da sentença, indiscutivelmente não seria caso de inval idade, pois se trata de fato posterior à decisão. Conforme visto no capítulo sobre invalidades processuais, o exame da validade de um ato jurídico deve atentar para os seus requisitos na da/a em que foi realizado.

A situação, inclusive, é regulada expressamente pelo art. 507 do CPC.48

46. M ITI DI ERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, t. 2, cit., p. 5 1 2.

47. GRECO, Leonardo. "Suspensão do processo", cit., p. 92.2

48. Art. 507 do CPC: "Se, durante o prazo para a intcrposiçiio do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação".